



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

INFORME

**La figura dels encàrrecs a mitjans propis i la seva aplicació a Barcelona
d'Infraestructures Municipals, SA. (BIMSA)**

Marc Vilalta Reixach

Universitat de Barcelona

Facultat de Dret

Departament de Dret Administratiu

Juliol de 2018

SUMARI

I.- INTRODUCCIÓ: DELIMITACIÓ DE L'OBJECTE DE L'INFORME.	4
II.- LES RELACIONS DE COOPERACIÓ VERTICAL A LA NOVA LCSP.	5
III.- LA CONSIDERACIÓ DE BIMSA COM A MITJÀ PROPI PERSONIFICAT.	8
1.- Primer requisit: l'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis.	8
<i>1.1.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona.</i>	9
<i>1.2.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi d'altres administracions públiques.</i>	12
2.- Segon requisit: la realització de la part essencial de la seva activitat amb l'ens adjudicador.	15
<i>2.1.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona.</i>	16
<i>2.2.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi d'altres administracions públiques.</i>	18
3.- Tercer requisit: quan es tracti de formes de personificacions privades, el capital o patrimoni ha de ser de titularitat pública.	18
4.- Quart requisit: el reconeixement formal de la condició de mitjà propi.	19
5.- La no subjecció dels encàrrecs a mitjans propis personificats realitzats pels poders adjudicadors no estatals als requisits previstos a l'article 86 de la LPAC.	29
IV.- ALTERNATIVA A LA FIGURA DELS ENCÀRRECS A MITJANS PROPIS PERSONIFICATS: L'EXERCICI DE LES FUNCIONS QUE ESTATUTÀRIAMENT TÉ ASSIGNADES BIMSA.	32
1.- Requisits de la redistribució de competències entre entitats públiques.	35
<i>1.1.- Subjectes de la relació.</i>	36
<i>1.2.- Objecte.</i>	37
2.- Recapitulació.	46

3.- Aspectes organitzatius de l'assignació no contractual de funcions públiques.	47
V.- CONCLUSIONS.	50

I.- INTRODUCCIÓ: DELIMITACIÓ DE L'OBJECTE DE L'INFORME.

Sense cap mena de dubte una de les qüestions més complexes que es deriven de la normativa de contractes del sector públic resideix en la determinació del seu àmbit objectiu d'aplicació. En efecte, davant la multiplicitat de relacions que les diferents entitats públiques poden establir amb altres actors públics o privats, no sempre resulta fàcil identificar en quins supòsits aquestes relacions han de quedar subjectes a l'aplicació de la normativa contractual.

En aquest sentit, tot i que, com venia succeint fins ara, la nova Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic (en endavant, LCSP) delimita el seu àmbit d'aplicació objectiu d'una manera molt ampla – englobant tots els contractes onerosos, qualsevol que sigui la seva naturalesa, que celebrin les entitats del sector públic (art. 2.1 LCSP) – segueix preveient també tota una sèrie de negocis jurídics, de caràcter i contingut molt divers, que per diferents motius queden fora del seu àmbit d'aplicació.

Un d'aquests supòsits són les anomenades *relacions de cooperació vertical*, que permeten a les diferents entitats del sector públic, sempre que compleixin estrictament tota una sèrie de requisits, poder encarregar de forma directa – és a dir, al marge dels procediments d'adjudicació previstos per la Llei – la realització de determinades prestacions contractuals als seus propis mitjans instrumentals personificats [art. 31.1 a) LCSP].

Tot i que aquesta figura dels encàrrecs a mitjans propis no resulta gens desconeguda pel nostre ordenament jurídic¹, el cert és que la nova LCSP introdueix algunes novetats importants. No només perquè la LCSP, malgrat segueix partint del mateix esquema conceptual existent fins ara, incorpora una regulació molt més extensa i detallada que la prevista actualment al TRLCSP – cosa que pot observar-se fàcilment amb la lectura dels articles 32 i 33 de la LCSP – sinó també, i sobretot, perquè incorpora de forma expressa tant el nou marc normatiu comunitari que es deriva de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública – i que encara no havia estat transposada al nostre ordenament – com la interpretació que n'ha vingut fent el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE).

¹ Sense anar més lluny, podem destacar que el Reial Decret 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el Text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (en endavant, TRLCSP) ja recollia aquesta figura, establint-ne els seus requisits. Vegeu els articles 4.1 n) i 24.6 del TRLCSP.

Aquesta nova regulació, a més a més, es dicta amb caràcter bàsic, a l'empara de l'article 149.1.18 de la Constitució. Pel què, tal i com preveu expressament la Disposició Final Primera de la LCSP, resulta d'aplicació general per totes les administracions públiques i organismes i entitats dependents d'elles². En conseqüència, han d'entendre's derogades totes aquelles disposicions – estatals, autonòmiques o locals – d'igual o inferior rang normatiu que s'oposin a allò previst en la nova Llei.

És precisament en aquest nou context normatiu en el que hem de situar l'objecte d'aquest Informe. Des de la Direcció de Coordinació de Contractació Administrativa de l'Ajuntament de Barcelona se'ns demana analitzar com afecta la nova regulació contractual a les relacions que aquest Ajuntament pot establir amb Barcelona d'Infraestructures Municipals, SA. (en endavant, BIMSA). En concret, se'ns demana si, tal i com preveu actualment l'article 2 dels seus Estatuts³, BIMSA pot seguir configurant-se realment com un mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament de Barcelona.

II.- LES RELACIONS DE COOPERACIÓ VERTICAL A LA NOVA LCSP.

Per començar el nostre anàlisi considerem oportú fer una breu referència a la regulació que la nova Llei de Contractes del Sector Públic realitza de les anomenades *relacions de cooperació vertical*, per tal d'exposar el seu contingut i analitzar quins són els requisits concrets que s'exigeixen per a la seva aplicació.

Com apuntàvem, si acudim a l'article 31.1 a) de la LCSP veurem que aquest supòsit es configura com una manifestació de la potestat d'autoorganització administrativa. En efecte, quan es parla de relacions de cooperació vertical el què es vol posar de relleu és que ens trobem en una relació merament interna, de caràcter organitzatiu, en què una entitat del sector públic – sigui poder adjudicador o no – decideix acudir directament als seus propis mitjans materials.

² S'exclou d'aquest caràcter bàsic l'apartat c) de article 32.6 de la LCSP (Disposició Final Primera LCSP), d'acord amb la correcció d'errors publicada al Butlletí Oficial de l'Estat, núm. 126, de 24 de maig de 2018, p. 54197.

³ Pel que fa als estatuts socials de BIMSA, vegeu el Butlletí Oficial de la Província de Barcelona, núm. 184, de 2 d'agost de 2004, p. 4-7; així com la modificació publicada a la Gasetta Municipal de Barcelona, núm. 4, de 10 de febrer de 2017, p. 1051.

De manera que, tot i que aquestes relacions es puguin establir formalment entre dues persones jurídiques diferenciades, en realitat no donen lloc al naixement d'un veritable *contracte públic* (ex art. 2.1 LCSP), ja que es situen en el sí d'una mateixa organització administrativa.

El dubte que es planteja en aquest cas, com fàcilment pot imaginar-se, és quins són els requisits o condicions que han de donar-se per tal que puguem considerar que les entitats públiques recorren als seus “medios propios personificados” [art. 31.1 a) LCSP]. En altres paraules, ¿en quins supòsits podem afirmar que estem davant d'una relació de cooperació merament interna i no contractual?

Per respondre aquesta qüestió hem de tenir en compte, en primer lloc, que la nova LCSP estableix un règim diferenciat en funció de si el recurs als mitjans propis es realitza per un poder adjudicador (art. 32 LCSP) o bé per una altra entitat del sector públic que no tingui aquesta consideració (art. 33 LCSP). És cert que, des d'un punt de vista general, els requisits que s'exigeixen en ambdós casos són conceptualment semblants però també ho és que la regulació prevista per als encàrrecs efectuats per les entitats del sector públic que no són poders adjudicadors resulta menys densa i una mica més flexible.

Aquesta precisió resulta important als efectes d'aquest Informe, ja que l'article 2 dels Estatuts reguladors de BIMSA preveu que aquesta entitat “té la consideració de mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament de Barcelona i de les entitats i organismes que en depenen i s'hi vinculen”. Per tant, *a priori*, seria possible que BIMSA rebés encàrrecs no només d'entitats públiques que d'acord amb la normativa contractual tenen la consideració de poder adjudicadors – com és el cas del propi Ajuntament de Barcelona [ex art. 3.3 a) LCSP] – sinó també d'altres entitats, vinculades o dependents de l'Ajuntament, que poden no tenir aquesta consideració.

En qualsevol cas, als efectes d'aquest Informe ens centrarem únicament en el primer supòsit – els encàrrecs que poden efectuar els poders adjudicadors – ja que entenem que el recurs a BIMSA com a mitjà propi instrumental es produeix principalment per l'Ajuntament de Barcelona. De manera que la possible utilització de BIMSA per altres entitats del sector públic municipal que no tinguin la consideració de poder adjudicador serà merament residual o, fins i tot, inexistent.

En segon lloc, també creiem convenient destacar que la regulació de la LCSP en relació amb els requisits per tal que els poders adjudicadors puguin recórrer als seus propis mitjans instrumentals no resulta absolutament innovadora. El motiu és que, com no podia ser d'altra manera, principalment aquesta es dirigeix a incorporar al nostre ordenament jurídic tant la jurisprudència europea – iniciada amb la important Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 18 de novembre de 1999, ass. C- 107/99, *Teckal Srl* i continuada amb moltes altres posteriors⁴ – com la regulació que l'article 12.1 de la mencionada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, realitza d'aquesta figura. Ara bé, com anirem veient, tot i aquest caràcter continuador, la nova LCSP incorpora també alguna novetat rellevant en relació amb el règim jurídic de les relacions de cooperació vertical, que pot tenir alguna incidència important a efectes d'aquest Informe.

Sens perjudici de les consideracions anteriors, si passem a analitzar els requisits concrets que la Llei de Contractes del Sector Públic exigeix als poders adjudicadors per poder encarregar de manera directa la realització de determinades prestacions a mitjans propis personificats, hem de remetre'ns a l'article 32.2 de la LCSP que ens diu: “Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

- a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas [...].
- b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo [...].

⁴ Podem citar, per exemple, la STJUE de 13 de novembre de 2008, ass. C-324/07, *Coditel Brabant* o la STJUE de 13 de juny de 2013, ass. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH*.

- c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.
- d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación [...].”

Per tant, com pot comprovar-se, aquest precepte imposa el compliment acumulatiu de quatre requisits. Només en el supòsit que es compleixin tots i cadascun d'ells, l'encàrrec efectuat – tal i com preveu l'article 32.1 de la LCSP – no tindria la consideració de contracte i, en conseqüència, el seu règim jurídic quedaria fora de l'àmbit d'aplicació de la nova LCSP, aplicable només als *contractes del sector públic* (art. 2.1 LCSP). A més a més, cal tenir en compte també que, com ha vingut senyalant reiteradament el TJUE – per exemple, en la Sentència de 11 de gener de 2005, ass. C-26/03, *Stadt Halle*, FJ. 43 –, al tractar-se d'una excepció a l'aplicació de les regles que regeixen la contractació pública, la seva interpretació ha de fer-se sempre de manera estricta.

III.- LA CONSIDERACIÓ DE BIMSA COM A MITJÀ PROPI PERSONIFICAT.

Des d'aquesta perspectiva, per poder continuar avançant en el nostre estudi, el què correspon en aquest moment és analitzar si BIMSA reuneix les condicions necessàries per poder ser considerada com un mitjà propi personificat als efectes de l'article 32 de la LCSP. És per això que analitzarem separatament la concurrència dels requisits que mencionàvem anteriorment.

1.- Primer requisit: l'existència d'un control anàleg al que s'exerceix sobre els propis serveis.

El primer requisit al que hem de fer referència és el relatiu a l'existència d'una relació de control entre les parts que intervenen en la relació. En efecte, l'article 32.2 a) de la LCSP ens diu que el poder adjudicador que realitza l'encàrrec – l'Ajuntament de Barcelona – ha de poder exercir sobre l'entitat proveïdora – en el nostre cas, BIMSA – un control anàleg al que realitza sobre els seus propis serveis.

Amb aquest requisit es pretén demostrar que el mitjà propi no disposa d'un autèntic àmbit d'autonomia des del punt de vista decisorí. Pel què, tot i que formalment és cert que pot parlar-se d'un acord entre dues persones jurídiques diferents, en realitat, des d'un punt de vista material, una d'elles es configura com un simple instrument organitzatiu de l'altra. De manera que no és possible afirmar l'existència d'un autèntic *contracte públic* entre elles ja que – com posà de relleu el TJUE en la mencionada Sentència de 18 de novembre de 1999, ass. C-107/99, *Teckal Srl.* – el requisit de la personalitat jurídica pròpia dels subjectes contractants no constitueix un element determinant per parlar de l'existència d'un contracte públic. Al contrari, és l'existència d'una vertadera voluntat decisòria pròpia la que ens permetrà qualificar aquestes relacions jurídiques com a contractuals.

Com no pot ser d'una altra manera, la determinació del compliment d'aquest primer requisit requereix d'un anàlisi casuístic, que ha de tenir en compte no només el conjunt de disposicions legals aplicables sinó també les circumstàncies de fet que concorrin en cada cas. De tot manera, tot i aquest necessari anàlisi casuístic, és cert que l'article 32.2 a) de la LCSP s'ocupa de concretar amb caràcter general què hem d'entendre legalment per “control anàleg”.

Així, tot i que és evident que, com ha subratllat el TJUE en diverses ocasions, la noció de control anàleg no ha de suposar necessàriament un control *idèntic* al que s'exerceix sobre els propis serveis⁵, sí que ha de permetre al poder adjudicador exercir una influència decisiva sobre els objectius estratègics i les decisions significatives que puguin prendre el mitjà propi [art. 32.2 a) LCSP]. Afegint-se que, en tot cas, s'entendrà que existeix aquest control anàleg quan els poders adjudicadors puguin conferir encàrrecs que siguin d'execució obligatòria per l'ens destinatari.

1.1.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi personificat de l'Ajuntament de Barcelona.

Si traslладem aquestes consideracions al cas que ens ocupa, creiem que podem considerar BIMSA com un ens plenament depenent de l'Ajuntament de Barcelona. Aquesta entitat es configuraria com una simple opció organitzativa del Consistori barceloní per a la realització de determinades activitats que es consideren d'interès públic.

⁵ Vegeu, per exemple, STJUE d'11 de maig de 2006, ass. C-340/04, *Carbotermo SpA* o la STJUE de 13 de novembre de 2008, ass. C-324/07, *Coditel Brabant SA*.

Els arguments que podem utilitzar per sostenir aquesta afirmació són varis. En primer lloc, pel fet que la totalitat del seu capital social pertany a l'Ajuntament de Barcelona. En efecte, BIMSA es configura com una societat anònima amb un capital social de 200.000 euros que, tal com preveu l'article 7 dels seus Estatuts reguladors, està completament subscrit i desemborsat per l'Ajuntament de Barcelona. En aquest sentit, tot i que, com ha declarat en diverses ocasions el TJUE⁶, la propietat íntegrament pública d'una determinada entitat no és un element suficient, per sí sol, per entendre que existeix un control anàleg per part d'un determinat poder adjudicador, sí que és indicatiu del grau de vinculació d'aquesta entitat respecte d'una altra Administració Pública.

En segon lloc, si ens fixem en l'àmbit organitzatiu intern de BIMSA podrem constatar també aquesta relació de dependència respecte de l'Ajuntament de Barcelona. Tot i que és cert que als Estatuts no es preveu un control directe del Consistori barceloní sobre l'actuació dels òrgans de govern de BIMSA és evident que, per la seva pròpia composició, aquests òrgans de govern tenen un altíssim grau d'identificació amb la voluntat de l'Ajuntament.

Una bona mostra la trobaríem, per exemple, en la regulació estatutària de la Junta General de BIMSA que, d'acord amb l'article 12 dels seus Estatuts – i de conformitat amb allò establert a l'article 219.1 a) del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel que s'aprova el Reglament d'Obres, Activitats i Serveis dels ens locals de Catalunya (en endavant, ROAS) – estarà formada íntegrament pel Ple de la corporació municipal de l'Ajuntament de Barcelona. Actuant, a més, com a President i Secretari d'aquesta Junta, l'Alcalde i el Secretari de l'Ajuntament de Barcelona (art. 16 Estatuts).

Com és sabut, la junta general és el màxim òrgan de govern d'una societat i expressa amb els seus acords la voluntat social. En aquest sentit, i entre d'altres funcions, corresponen a la Junta General de BIMSA algunes tasques tant rellevants com: l'aprovació dels comptes anuals de la Societat (art. 13 Estatuts), el nomenament del seu Consell d'Administració i del Director General (art. 12 Estatuts), la modificació dels estatuts socials (art. 12 Estatuts) o la pròpia dissolució de la societat [*ex* art. 160 h) del Reial Decret Legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel que s'aprova el Text refós de la Llei de Societats de Capital].

⁶ Novament podem remetre'ns a STJUE d'11 de maig de 2006, ass. C-340/04, *Carbotermo SpA* o la STJUE de 13 de novembre de 2008, ass. C-324/07, *Coditel Brabant SA*.

Per altra banda, tot i que les tasques de gestió ordinària de la Societat s'atribueixen a un Consell d'Administració, format per professionals qualificats (articles 18 i 19 Estatuts), el nomenament d'aquestes persones recau exclusivament en la Junta General – és a dir, en el propi Ple de l'Ajuntament de Barcelona –, que no només pot controlar la seva gestió social (art. 13 Estatuts) sinó també revocar el seu nomenament en qualsevol moment (art. 19 Estatuts).

En definitiva, totes aquestes circumstàncies ens posen de manifest que la influència de l'Ajuntament de Barcelona en el funcionament de BIMSA resulta determinant. Els representants municipals en els òrgans de govern d'aquesta entitat participen decisivament – tal com exigeix l'article 32.2 a) de la LCSP – en la presa de les decisions més transcendents de la Societat. De manera que podríem concloure que, en realitat, les tasques que s'assignen a BIMSA no es gestionarien de forma substancialment diferent a si haguessin estat assumides directament per l'organització interna de la pròpia administració autonòmica.

En aquest punt, cal tenir en compte també que, tal i com preveuen els Estatuts socials de BIMSA, la consideració d'aquesta entitat com a mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona podria estendre's a altres ens o organismes que es vinculen o depenen directament de l'Administració municipal. I és que l'article 32.2 a) de la LCSP permet aplicar la figura dels encàrrecs a mitjans propis no només quan aquests són realitzats directament per l'ens matriu sinó també de forma indirecta, per una altra persona jurídica controlada també per aquest poder adjudicador.

En concret, l'article 32.2 a) de la LCSP ens diu que el requisit del control anàleg s'entendrà complert quan el propi poder adjudicador “o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero” puguin conferir-l'hi encàrrecs que siguin d'execució obligatòria. Per tant, la LCSP permetria estendre la condició de mitjà propi respecte d'altres poders adjudicadors que, a la vegada, es troben en una relació de dependència o vinculació respecte l'ens matriu. I aquesta extensió es produeix tot i que, en realitat, des d'un punt de vista formal no concorrin directament els requisits previstos a l'article 32.2 a) de la LCSP respecte d'aquests poders adjudicadors.

1.2.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi d'altres administracions públiques.

Tot i que l'article 2 dels Estatuts socials de BIMSA atribueix la condició de mitjà propi i servei tècnic d'aquesta entitat només respecte de l'Ajuntament de Barcelona – i de les entitats i organismes que en depenen o s'hi vinculen – podríem plantejar-nos també la possibilitat que BIMSA pogués assumir aquesta condició respecte d'altres administracions públiques – per exemple, de la Generalitat de Catalunya –. De fet, l'article 2 dels Estatuts de BIMSA, al regular l'objecte social, no limita la seva actuació únicament a les tasques encarregades per l'Ajuntament de Barcelona sinó que se l'hi permet la realització d'aquelles

“li siguin encomanades, directa o indirectament, per administracions públiques, en el terme municipal de Barcelona”.

De tota manera, a diferència del supòsit anterior, si analitzem la concurrència del requisit del control anàleg respecte dels encàrrecs que poguessin efectuar a BIMSA altres entitats públiques – i molt especialment, la Generalitat de Catalunya – la resposta resultaria més complexa ja que, al nostre entendre, les seves possibilitats d'influir realment en el funcionament d'aquesta entitat són molt limitades, per no dir nul·les.

Aquesta conclusió es reforça si tenim en compte que, com apuntàvem abans i d'acord amb els seus Estatuts, les demés administracions públiques catalanes no disposen de cap mena de participació efectiva en els òrgans de govern de BIMSA. Com ja hem mencionat, tant la Junta General com el seu Consell d'Administració es configuren com a òrgans “representatius” de l'Ajuntament de Barcelona, sense que es contempli cap altre òrgan de govern o administració d'aquesta entitat que permeti donar entrada a altres administracions públiques catalanes en la presa de decisions de BIMSA.

És cert que l'article 14 dels Estatuts socials de BIMSA preveu una mínima participació d'altres possibles persones – per exemple, podríem pensar en representants d'altres administracions públiques – en les reunions de la seva Junta General però, com pot comprovar-se amb la lectura d'aquest precepte, més enllà de la mera assistència, aquesta participació no reconeix cap tipus de prerrogativa o potestat que permeti a aquestes persones influir o condicionar d'alguna manera les decisions que adopten els òrgans de govern de BIMSA.

Pel què, en conseqüència, tal com afirmà el TJUE en la Sentència de 29 de novembre de 2012, ass. C-182/11 i C-183/11, *Econord SpA* (FJ. 30-31), al tractar-se d'una mera intervenció formal, que no confereix la més mínima possibilitat de participar realment en el control de l'entitat proveïdora, hauríem de concloure que aquestes altres administracions no disposen d'un control sobre BIMSA anàleg al que exerceixen sobre els seus propis serveis.

Sens perjudici de l'anterior i al marge de la seva nul·la participació en els òrgans de govern, cal mencionar que si partim del tenor literal de l'article 32.2 a) de la LCSP també podríem intentar sostenir l'opinió contrària. En efecte, si llegim amb atenció aquest precepte veurem que afirma el següent:

“En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero **puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo** por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Per tant, la nova Llei presumeix “en todo caso”, és a dir, amb independència d'altres elements – semblaria que, fins i tot, amb independència de la capacitat real d'influir en els objectius estratègics i decisions significatives de l'entitat proveïdora –, la simple possibilitat de conferir-li hi encàrrecs d'execució obligatòria seria un element suficient per considerar l'existència d'un control anàleg als efectes de l'article 32.2 a) de la LCSP.

Per al cas que ens ocupa, aquesta podria ser una previsió rellevant. En la mesura que es pogués preveure als Estatuts reguladors de BIMSA l'obligatorietat d'assumir els encàrrecs que puguin conferir-li altres entitats públiques es podria presumir també el compliment del requisit del control anàleg previst a l'article 32.2 a) LCSP. Ara bé, excepte error per part nostre, aquesta possibilitat a dia d'avui no es preveu de forma expressa en els Estatuts socials de BIMSA.

De tota manera, per poder aplicar aquesta interpretació caldria verificar que, realment, BIMSA no té cap marge de negociació o decisió en relació amb aquests encàrrecs. En altres paraules, que la seva voluntat resulta indiferent a l'hora de determinar-ne el contingut i condicions. I és que, tal com preveu l'article 32.2 a) de la LCSP, per aplicar aquesta presumpció s'exigeix que les instruccions i les tarifes siguin fixades unilateralment per l'ens que pot realitzar l'encàrrec.

De tota manera, i sense negar la possibilitat legal que ens ofereix aquest article, hem de mencionar també que aquest precepte ha estat objecte de nombroses crítiques per part de la doctrina científica. Així, s'ha considerat que el fet que un encàrrec pugui ser obligatori per a l'entitat proveïdora no significa, automàticament, l'existència d'un poder real d'influència sobre els objectius estratègics o sobre les decisions més importants d'aquesta entitat. Més aviat a la inversa: és la necessària existència d'una relació de subordinació la que determina la obligatorietat de l'encàrrec.⁷

En aquest punt, a més, hem de recordar que, tot i que és cert que el TJUE – per exemple, en la Sentència de 19 d'abril de 2007, ass. C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)* – ha considerat que el fet que una entitat pública – en aquest cas, es referia a l'empresa pública *Transformación Agraria, SA* (TRAGSA) – estigués obligada a realitzar els treballs que li encarreguessin altres poders públics d'acord amb les tarifes i instruccions aprovades per aquests podia ser un indicatiu per considerar l'existència d'un control anàleg; no ho és menys que en aquest cas el TJUE es referia únicament a entitats que sí que tenien una participació – encara que molt residual – en el capital social de TRAGSA. Negant-se, així, l'existència d'aquest control respecte d'aquelles altres entitats que no tenien cap mena de participació en l'accionariat d'aquesta entitat.

⁷ En aquest sentit, entre altres, PERNÁS GARCÍA, Juan José: *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 108-109 o MONTOYA MARTÍN, Encarnación: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los Servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, p. 93-94.

2.- Segon requisit: la realització de la part essencial de la seva activitat amb l'ens adjudicador.

El segon requisit que exigeix la LCSP per a constatar l'existència d'un mitjà propi o servei tècnic de l'Administració – i, per tant, per excloure del seu àmbit d'aplicació les relacions jurídiques que els poders adjudicadors puguin celebrar amb aquests – consisteix en què l'entitat proveïdora realitzi la major part de la seva activitat – més del 80% – respecte a l'ens del que depèn [art. 32.2 b) LCSP].

Com ha posat de relleu la doctrina i la jurisprudència, la influència decisòria d'un determinat poder adjudicador sobre una altra entitat pública no és suficient, per sí mateixa, per distingir aquesta entitat d'altres possibles operadors econòmics. De manera que per poder parlar d'un mitjà propi de l'Administració és necessari, a més, verificar que la seva activitat es destina en la seva major part a l'Administració matriu. En altres paraules, es tracta de comprovar que l'entitat proveïdora no actua com un simple agent de mercat. I és que, com ha afirmat el TJUE – per exemple, en la ja citada Sentència d'11 de maig de 2006, ass. C-340/04, *Carbotermo Spa.* – no pot considerar-se que una entitat es troba mancada de llibertat d'acció pel simple fet que l'ens territorial del que depengui controli les seves principals decisions quan, tot i aquest control, pot desenvolupar igualment una part important de la seva activitat econòmica amb altres entitats o operadors econòmics (F.J. 61).

Per tant, el requisit de la realització de la part essencial de l'activitat se'ns presenta com a complementari del requisit del control anàleg i opera en un segon moment, un cop s'ha verificat l'existència d'aquest control, tractant d'evitar que una determinada entitat actuï com a mitjà propi de l'Administració i, al mateix temps, competeixi al mercat de béns i serveis. I és que, en cas contrari, això podria suposar un falsejament de la competència, ja que es reconeixeria a aquesta entitat una posició de partida més avantatjosa respecte de la resta d'operadors privats.

2.1.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona.

En el cas que ens ocupa, si ens centrem en els encàrrecs que l'Ajuntament de Barcelona pot dirigir a BIMSA, hauríem d'examinar si realment l'activitat que realitza aquesta Societat es dirigeix – en més d'un 80% – cap al conjunt institucional de l'Ajuntament o si, per contra, aquesta entitat ofereix una part rellevant dels seus serveis – en un percentatge superior al 20% – a altres possibles clients, actuant com un operador econòmic en el mercat⁸.

Com en el cas anterior, es tracta d'un examen casuístic, que ha de prendre en consideració les activitats efectivament realitzades per BIMSA. Així, cal tenir present que la nova Llei de Contractes del Sector Públic s'ha ocupat també de concretar la metodologia de càlcul d'aquest percentatge. En concret, el segon paràgraf de l'article 32.2 b) de la LCSP afirma:

“[...] para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”.

Al nostre entendre, la LCSP s'expressa en termes força amplis – l'article 32.2 b) de la LCSP permet que aquest requisit es pugui acreditar mitjançant qualsevol “otro indicador alternativo de actividad que sea fiable” –. Això permetria verificar el seu compliment mitjançant diferents valoracions. De tota manera, en tot cas s'exigeix que el seu compliment quedi reflectit en la memòria integrant dels comptes anuals de l'entitat proveïdora i que sigui verificat per l'auditor d'aquests comptes anuals.

⁸ En aquest punt cal tenir en compte que l'article 2 dels Estatuts socials de BIMSA permet que aquesta entitat pugui executar determinades actuacions que l'hi siguin encomanades, no només per l'Ajuntament de Barcelona, sinó “per administracions públiques en el terme municipal de Barcelona”.

Igualment, la possible actuació empresarial de BIMSA es recull en altres preceptes dels seus Estatuts socials. Per exemple, quan l'article 2.1 j) dels estatuts permet que BIMSA pugui prestar serveis – en aquest cas “intervenir, participar, organitzar, desenvolupar i gestionar totes aquelles activitats mercantils relacionades amb 'objecte social' – no només per l'Ajuntament de Barcelona sinó, més en general, “per compte aliè”.

En aquest punt, cal tenir també en compte que, com destacà el TJUE – per exemple, en la ja mencionada Sentència d'11 de maig de 2006, ass. C-340/04, *Carbotermo* –, per calcular aquest requisit resulta indiferent qui és el beneficiari de l'actuació o, fins i tot, qui la remunera. És a dir, en el nostre cas, per determinar aquest percentatge d'activitat caldria comptabilitzar totes les actuacions que BIMSA realitza per encàrrec de l'Administració municipal; sent indiferent que en alguns casos puguin ser finalment els usuaris els que n'assumeixin el cost.

Un altre dels dubtes que pot plantejar-se és quines són les activitats que cal prendre en consideració a l'hora de calcular aquest requisit. És a dir, si per determinar la condició de mitjà propi cal valora totes les activitats que es realitzen conjuntament o resulta possible fragmentar l'anàlisi i comprovar la concurrència d'aquest requisit prenent en consideració individualment cadascun dels diferents àmbits materials d'actuació. Aquesta segona possibilitat ha estat posada damunt de la taula en alguna ocasió. Per exemple, l'Advocada General, Sra. Julian Kokott en les seves Conclusions Generals a l'assumpte C-458/03, *Parking Brixen*, va considerar que, a efectes del còmput del percentatge d'activitat dels mitjans propis, es podria prendre en compte, de forma diferenciada, els diferents àmbits d'activitat que realment desenvolupava una determinada empresa (Ap. 83) i analitzar la concurrència dels requisits no de forma global sinó respecte de cadascun d'aquests àmbits.

Al nostre entendre aquesta discussió podria resultar pertinent als efectes de la institució que estem analitzant ja que, com preveuen els seus Estatuts, BIMSA pot prestar els seus serveis en àmbits materials molt diferents (per exemple, la realització de projectes d'urbanització, l'adjudicació d'obres, la gestió de processos d'adjudicació en règim de concessió d'instal·lacions i equipaments, serveis de direcció, administració i explotació de pots esportius, etc.).

De tota manera, tot i que és cert que aquesta interpretació permetria flexibilitzar el compliment dels requisits previstos a l'article 32.2 b) de la LCSP, cal advertir també que aquesta possibilitat sembla anar en contra de la literalitat d'aquest precepte que es refereix sempre a quantitats globals, relatives al conjunt d'activitat. Al mateix temps, cal indicar que, excepte error per part nostra, tot i que aquesta argumentació s'ha al·legat en alguns dels procediments judicials en l'àmbit comunitari, el TJUE no ha acollit encara de forma expressa aquesta interpretació en les seves resolucions.

2.2.- Consideració de BIMSA com a mitjà propi d'altres administracions públiques.

A diferència de l'anterior i si analitzem la concurrència d'aquest requisit respecte els encàrrecs que hipotèticament altres administracions públiques – per exemple, la Generalitat de Catalunya – puguin realitzar a BIMSA, sembla que el compliment d'aquest requisit resultaria difícilment assolible. Malgrat que formalment es pugui preveure la col·laboració de BIMSA amb altres entitats públiques, intuïm que no deixa de ser una activitat molt secundària (o, fins i tot, inexistent) sobre el volum global d'activitat d'aquesta entitat pública.

A més a més, si tenim en compte que, com apuntàvem en l'apartat anterior, aquestes altres administracions públiques no participen de forma determinant, ni individual ni col·lectivament, en els òrgans de govern i administració de BIMSA, hauríem de tenir en compte que aquest requisit hauria de concórrer respecte de cadascuna de les administracions públiques interessades. En efecte, la manca de participació d'aquestes en el capital social o en la organització de BIMSA impedeix que puguem parlar d'un supòsit de control conjunt d'un mitjà propi en el sentit de l'article 32.4 de la LCSP. És a dir, no estem davant d'un mitjà propi personificat que, al mateix temps, es controlat per dos o més poders adjudicadors, de manera que el compliment d'aquests requisits pugui verificar-se respecte del conjunt d'encàrrecs que rep de tots ells.

3.- Tercer requisit: quan es tracti de formes de personificacions privades, el capital o patrimoni ha de ser de titularitat pública.

En tercer lloc, per poder excloure els encàrrecs a mitjans propis de l'àmbit d'aplicació de la legislació contractual, la LCSP exigeix que, quan el destinatari d'un encàrrec sigui un ens de personificació jurídica-privada, la totalitat del seu capital social o del seu patrimoni sigui de titularitat o aportació pública [art. 32.2 c) LCSP].

Es tracta, com pot veure's, d'un requisit eminentment formalista, que té en compte únicament la composició del capital social d'una determinada forma de personificació, independentment de les relacions de control que puguin establir-se entre els diferents socis. Aquest requisit implica, automàticament, l'exclusió del concepte de relacions de cooperació vertical dels possibles negocis jurídics que es celebrin entre un poder adjudicador i, per exemple, una societat mixta, de capital públic i privat.

Pel què es refereix al present Informe, el compliment d'aquest requisit no presenta majors complicacions. Tot i que BIMSA es configura com una forma de personificació jurídica-privada – una societat anònima (art. 1 Estatuts) – com dèiem anteriorment el capital social d'aquesta entitat està íntegrament subscrit i desemborsat per l'Ajuntament de Barcelona (art. 7 Estatuts). Per tant, tal com exigeix l'article 32.2 c) de la LCSP, BIMSA es configura com una forma de personificació jurídica-privada amb la totalitat del seu capital social de titularitat pública.

4.- Quart requisit: el reconeixement formal de la condició de mitjà propi.

Finalment, per poder excloure els encàrrecs realitzats pels poders adjudicadors als seus propis mitjans personificats, l'article 32.2 d) de la LCSP exigeix un últim requisit de caràcter formal: que la condició de mitjà propi respecte del concret poder adjudicador que fa l'encàrrec es reconegui expressament en els seus estatuts o actes de creació.

Tot i que és cert que es tracta, novament, d'un requisit merament formal, que poc aporta a la consideració d'una determinada entitat com un mitjà propi de l'Administració, no hem de menysprear la seva importància. En primer lloc, perquè l'article 32.2 d) de la LCSP l'estableix com una condició indispensable per poder excloure les relacions de cooperació vertical del seu àmbit d'aplicació, al mateix nivell que la resta de requisits de l'article 32.2 de la LCSP. En conseqüència, tot i que una determinada entitat pública, per les seves pròpies característiques, pogués complir amb tots els requisits anteriors i considerar-se realment com un ens instrumental de l'Administració, a efectes de la LCSP no tindria la consideració de mitjà propi sinó a partir del reconeixement formal i específic d'aquesta qualitat en la seva norma de creació o, en el seu cas, en els seus estatuts reguladors.

En segon lloc, perquè l'article 32.2 d) de la LCSP preveu també que la consideració d'una determinada entitat com a mitjà propi instrumental determina la impossibilitat que aquesta participi en les licitacions públiques convocades pel poder adjudicador al què es vincula. Si bé és cert que, posteriorment, es matisa aquesta limitació al admetre que, en el supòsit de que no concorri cap licitador, se'ls pugui encarregar directament l'execució de la prestació objecte d'aquestes licitacions [art. 32.2 d) LCSP].

En tercer lloc, perquè cal tenir també molt en compte que la nova Llei de Contractes del Sector Públic no s'ha limitat només a preveure el compliment formal d'aquest requisit sinó que afegeix una precisió que resulta molt rellevant. Així, l'article 32.2 d) preveu que el reconeixement de la condició de mitjà propi anirà precedida de varies comprovacions, entre elles,

“la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que **cuenta con medios personales y materiales apropiados** para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social”⁹.

Per tant, no només s'exigeix a l'entitat proveïdora que disposi d'un reconeixement exprés de la seva condició de mitjà propi sinó també, i sobretot, que disposi dels mitjans personals i materials necessaris per a poder atendre directament els encàrrecs. En conseqüència, hauríem d'entendre que no estem realment davant d'un supòsit de relacions de *cooperació vertical* en el sentit de la LCSP quan l'entitat proveïdora que rep l'encàrrec, al no disposar d'uns mínims mitjans materials i personals, es limita a traslladar l'execució final de les prestacions encarregades a un tercer¹⁰.

Òbviament, aquestes consideracions tampoc poden portar-se fins l'extrem de negar a l'entitat proveïdora qualsevol possibilitat d'acudir a la contractació amb tercers per gestionar les prestacions que l'hi han encarregat els poders adjudicadors. I és que, com pot imaginar-se, en alguns casos la correcta execució de la prestació assignada pot justificar la conveniència que alguna part d'aquesta sigui *sub-contractada* amb un tercer. En aquest sentit,

⁹ Aquest precepte afegeix també que es presumirà que es compleix aquest requisit quan el mitjà propi hagi obtingut la corresponent classificació respecte dels Grups, Subgrups i Categories que ostenti [art. 32.2 c) LCSP *in fine*].

¹⁰ De tota manera, cal tenir en compte que, d'acord amb la Disposició Final Setzena de la LCSP, aquest precepte no entrarà en vigor fins al 9 de setembre de 2018.

L'article 32.7 de la LCSP habilita aquesta operativa, si bé introdueix uns límits quantitius màxims al recurs a la subcontractació per part dels mitjans propis dels poders adjudicadors. Així es preveu que l'import màxim que aquests podran contractar amb tercers no excedirà del 50% de la quantia de l'encàrrec [art. 32.7 b) LCSP].

Al nostre entendre, si partim del tenor literal de l'article 32.7 de la LCSP, aquest percentatge màxim de subcontractació s'hauria de calcular individualment, respecte de cadascun dels encàrrecs que els mitjans propis puguin rebre dels poders adjudicadors. És per aquest motiu que l'article 32.7 de la LCSP s'expressa de forma singular, referint-se, en primer lloc, als negocis jurídics que els mitjans propis celebrin "en ejecución del encargo recibido" i, posteriorment, al límit del 50% respecte "de la cuantía del encargo".

Pel que es refereix específicament al compliment d'aquest requisit per part de BIMSA convé fer varies precisions. En primer lloc, el compliment formal d'aquest requisit no sembla massa problemàtic. Ja hem mencionat com, a partir de la reforma dels seus Estatuts efectuada per Acord del Plenari de l'Ajuntament de Barcelona de 27 de gener de 2017 (Gaseta Municipal de Barcelona, núm. 4, de 10 de febrer de 2017, p. 1051), s'incorporà als Estatuts socials de BIMSA el reconeixement de "la consideració de mitjà propi i servei tècnic de l'Ajuntament de Barcelona i de les entitats i organismes que en depenen o s'hi vinculen, i resta obligada a realitzar els treballs que aquestes encarreguin, que s'articularen mitjançant encàrrecs de gestió."

Ara bé, respecte del compliment material d'aquest requisit, la resposta pot resultar més complexa, especialment per la necessitat que estableix la nova LCSP de que l'entitat proveïdora – en el nostre cas, BIMSA – disposi dels mitjans personals i materials suficients per al compliment dels diferents encàrrecs. I és que, al nostre entendre, l'amplitud i diversitat de funcions que els Estatuts socials atribueixen a BIMSA poden dificultar la possibilitat real que aquesta Societat disposi realment dels mitjans materials i personals suficients per realitzar directament totes les activitats que se l'hi encarreguen.

Amb tota seguretat, la problemàtica no es plantejarà en les activitats de gestió administrativa que l'hi atribueixen els seus Estatuts – per exemple, d'acord amb l'article 2 dels Estatuts, la tasca de gestionar projectes d'adjudicació en règim de concessió d'instal·lacions i equipaments o l'ha d'adjudicar obres – sinó en les funcions d'execució d'actuacions urbanístiques o d'infraestructura, incloent l'edificació, que també se l'hi assignen estatutàriament i que poden requerir de la realització d'obres i serveis urbanístics complexos pels quals aquesta entitat pot no disposar dels mitjans mínims necessaris.

D'acord amb les previsions de la nova LCSP, hauríem d'entendre que si BIMSA rep un encàrrec com a mitjà propi d'un poder adjudicador hauria d'estar en condicions d'assumir directament, amb els seus propis mitjans, la realització de la meitat del pressupost d'aquest encàrrec. De manera que només podria subcontractar fins a un màxim del 50% de la quantia global d'aquest encàrrec. En cas contrari, si BIMSA no disposés d'aquests mitjans, s'hauria d'entendre que no reuneix els requisits previstos a l'article 32.2 de la LCSP i, en conseqüència, aquest encàrrec hauria de tramitar-se i adjudicar-se com un contracte del sector públic.

En aquest punt i de cara a analitzar el compliment d'aquest requisit, voldríem fer notar que el problema es planteja, principalment, a conseqüència de l'amplitud i diversitat de funcions que s'assignen estatutàriament a BIMSA. En efecte, sembla haver-hi un cert desequilibri entre l'amplitud de l'objecte social que s'assigna a aquesta Societat – “l'execució d'actuacions urbanístiques, d'infraestructura i de dotació i concessió de serveis, inclosa l'edificació” (art. 2 Estatuts) – i la seva configuració organitzativa. De fet, si atenim a la informació que apareix a la seva pròpia pàgina web podem comprovar com aquesta Societat està formada per un total de 47 treballadors, la gran majoria dels quals realitzen tasques de gestió administrativa (ja sigui en l'àmbit jurídic, de la contractació o comptable) sense que pràcticament cap treballador estigui destinat directament a la realització de tasques materials en l'àmbit de l'execució urbanística¹¹.

Des d'aquesta perspectiva, una possible solució per a facilitar a BIMSA el compliment dels requisits de l'article 32.7 de la LCSP – i, per tant, de l'assumpció dels encàrrecs realitzats dels poders adjudicadors – podria passar per una re-definició de les finalitats i funcions que

¹¹ Prenem com a referència la relació de llocs de treball i la plantilla de personal que es pot consultar obertament a l'apartat “Recursos Humans” de la pàgina web municipal de BIMSA (<http://transparencia.bimsa.cat/empresa/recursos-humans/>).

se li assignen estatutàriament. Aquesta modificació podria orientar-se a centrar principalment l'activitat d'aquesta institució en la gestió administrativa de la contractació de determinades obres públiques o concessions però excloent-ne les tasques materials de construcció d'infraestructures i/o edificacions. D'aquesta manera, els mitjans personals i materials de BIMSA s'adequarien millor a les funcions que estatutàriament té assignades.

De tota manera, cal tenir en compte que la pròpia LCSP ha previst algunes excepcions al compliment d'aquestes limitacions; excepcions que fa pocs dies s'han vist notablement ampliadades amb la modificació de la Llei de Contractes del Sector Públic produïda per Llei 6/2018, de 3 de juliol, de Pressupostos Generals de l'Estat per al 2018¹².

En efecte, la Disposició Final Vint-i-quatrena de la Llei pressupostària modifica parcialment la redacció de l'article 32.7 de la LCSP. En primer lloc, per concretar què hem d'entendre per prestacions parcials. Així s'afirma que no es consideraran com a tals:

“[...] aquellas que el medio propio adquiriera a otras **empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable** de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación” [art. 32.7 b) LCSP].

A partir d'aquí, com dèiem, la Llei 6/2018, de 3 de juliol, modifica també els supòsits en què resulta aplicable el límit màxim del 50% de subcontractació previst a l'article 32.7 de la LCSP. A partir d'ara aquest límit no serà aplicable:

“[...] a los contratos de obras que celebren los medios propios **a los que se les haya encargado una concesión**, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos **en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público** destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya **a una sociedad de derecho privado** cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

¹² D'acord amb la Disposició Final Quaranta Sisena de la Llei 6/2018, de 3 de juliol, aquesta norma va entrar en vigor el dia següent a la seva publicació al Butlletí Oficial de l'Estat, és a dir, al dia 5 de juliol de 2018.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la **prestación de servicios informáticos y tecnológicos** a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información.

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio **se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia** que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste”.

Com pot veure's, aquest precepte recull diferents supòsits que no només no guarden una relació clara entre sí, sinó que, a més, tampoc tenen una justificació massa clara. De tota manera, si llegim amb atenció l'article 32.7 de la LCSP, veurem com aquest estableix diferents tipologies d'excepcions.

Per un costat, queden fora de l'aplicació del límit del 50% previst a l'article 32.7 de la LCSP determinats supòsits es justifiquen en atenció a l'objecte de l'encàrrec que s'efectua al mitjà propi personificat. Seria el cas, per exemple, de l'exclusió dels contractes d'obres que celebrin els mitjans propis als que s'hagi encarregat una concessió d'obres o serveis i dels supòsits en que l'objecte de l'encàrrec recau en la prestació de serveis informàtics i tecnològics.

En segon lloc, i per la resta d'encàrrecs que s'efectuïn als mitjans propis, la LCSP preveu que només excepcionalment es podrà superar el límit del 50% previst a l'article 32.7 de la LCSP quan concorrin determinades circumstàncies fàctiques, que han de justificar-se per escrit i que tenen a veure amb raons de seguretat i/o urgència. Malgrat que pròpiament aquests supòsits no suposen una exclusió total de l'aplicació dels límits de l'article 32.7 de la LCSP, sinó simplement una modulació, el cert és que en aquests casos la LCSP no fixa cap límit màxim a la sub-contratació amb tercers; pel què podríem pensar que pot arribar fins al 100% de la prestació objecte d'encàrrec.

En el cas que ens ocupa, creiem que aquestes dues previsions no resulten de massa utilitat. En primer lloc, perquè l'encàrrec que pretén efectuar-se a BIMSA no encaixa en l'objecte contractual de les excepcions mencionades en aquest precepte: ni es tracta d'una concessió d'obres o serveis – en el sentit dels articles 14 i 14 de la LCSP – ni té per objecte la prestació de serveis informàtics o tecnològics. I, segonament, perquè en relació amb les demés circumstàncies que poden flexibilitzar el compliment del límit del 50% de subcontractació previst per l'article 32.7 de la LCSP, si bé podrien ajudar en algun supòsit concret a la realització d'un determinat encàrrec per part de BIMSA – atenint a circumstàncies d'urgència,... – no permeten solucionar amb caràcter permanent les deficiències estructurals de recursos humans i materials de BIMSA que mencionàvem anteriorment.

Finalment, cal mencionar també que l'article 32.7 de la LCSP recull un tercer supòsit contractual que s'exclou, automàticament, de l'àmbit d'aplicació del límit del 50% de la contractació amb tercers. Es tracta del supòsit en que

“[...] la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

Com pot observar-se, aquesta previsió permetria excloure de l'aplicació dels mencionats límits els supòsits en què es constitueix una determinada entitat – ja sigui de dret públic o una societat de dret privat, però capital íntegrament públic –. Ara bé, al marge d'aquesta constatació, el cert és que aquesta previsió genera alguns dubtes tant pel què fa al seu contingut, com pel què es refereix a la seva ubicació sistemàtica.

I és que, de fet, podríem qüestionar-nos a quins supòsits està fent realment referència aquest precepte. Per un costat, si partim del tenor literal de l'article 32.7 b) de la LCSP, hauríem d'entendre que aquesta exclusió s'entén referida només als supòsits de creació d'un ens instrumental per part del mitjà propi. Fixem-nos que, sistemàticament, ens situem en el precepte que regula específicament els supòsits en què un mitjà propi pot subcontractar amb un tercer la realització de determinades prestacions parcials corresponents a l'encàrrec rebut. Pel que l'excepció que s'introdueix hauria d'anar referida a aquest supòsit.

D'aquesta manera, hauríem d'entendre que no s'aplicarien els límits del 50% de subcontractació en els supòsits en què, per a la gestió de les tasques que se l'hi han encarregat, el mitjà propi constitueixi, a la vegada, una altra entitat de dret públic o una societat de dret privat.

Sense negar la possible viabilitat jurídica d'aquesta opció interpretativa, des d'un punt de vista organitzatiu sembla qüestionable. El fet que un mitjà propi hagi de recórrer a una altra entitat instrumental – que, al mateix temps hauria de ser mitjà propi de BIMSA – pel compliment de l'encàrrec sembla allunyar-se de la disposició de mitjans personals i materials apropiats que exigeix l'article 32.1 d) de la LCSP.

En qualsevol cas, sense entrar més en detall en aquest supòsit, entenem que en el cas que estem analitzant aquesta opció no resulta de massa utilitat. De la informació rebuda es després que des de l'Ajuntament de Barcelona no s'està pensant en la possibilitat que BIMSA pugui constituir una altra entitat instrumental per a la realització de les tasques que se l'hi assignen.

Una segona interpretació d'aquest precepte vindria a dir que, en realitat aquesta excepció es refereix, no a la creació d'ens instrumentals per part dels mitjans propis, sinó als casos en què els poders adjudicadors decideixen atribuir des d'un inici la gestió d'un servei públic a una entitat de dret públic o a una societat de dret privat, el capital de la qual sigui íntegrament públic. De manera que aquesta excepció vindria a excloure de l'aplicació dels límits previstos a l'article 32.7 de la LCSP quan la gestió d'un determinat servei públic es realitza de forma directa, mitjançant una entitat de dret públic creada a tal fi o una societat de dret privat, de capital íntegrament públic¹³.

¹³ Aquesta segona opció interpretativa sembla reforçar-se pel fet que la introducció d'aquesta excepció al redactat de la LCSP és fruit de l'aprovació d'una esmena (la núm. 482) del Partit Socialista al Projecte de Llei inicialment presentat al Congrés dels Diputats, la justificació de la qual s'expressava en els termes següents:

“Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de «gestionar un servicio» que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (artículo 85 de la Ley 7/1985, LBRL). De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada) que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de

Certament aquesta possibilitat no suposaria cap novetat radical al nostre ordenament jurídic. No només perquè aquest era ja un supòsit previst a l'anterior TRLCSP¹⁴ sinó també perquè, com veurem en l'apartat IV d'aquest Informe, aquesta hauria de ser una conseqüència lògica de l'opció organitzativa per una forma de gestió directa d'un determinat servei públic.

En tot cas, si acceptem aquesta interpretació, el què no s'acaba d'entendre massa bé és perquè una previsió d'abast general, referida a les formes de gestió directa d'un servei públic, s'inclou a l'article 32.7 de la LCSP – que, recordem, es refereix només al règim jurídic dels encàrrecs a mitjans propis. El més lògic hagués estat que, com succeïa amb l'anterior TRLCSP, aquesta previsió s'hagués inclòs als articles de la Llei dirigits a regular els contractes de serveis o les concessions de serveis.

En qualsevol cas, més enllà de quina pugui ser la opció interpretativa correcta, tal i com està redactada actualment aquesta exclusió – i sens perjudici del què exposarem en l'apartat IV d'aquest Informe –, entenem que, per al cas que ens ocupa, tampoc ens resulta massa útil. Com hem mencionat, aquesta excepció es preveu únicament per als supòsits de gestió d'un servei públic (art. 32.7 LCSP) i podríem plantejar-nos si, efectivament, BIMSA realitza jurídicament una tasca de gestió d'un servei públic.

Per respondre aquesta qüestió, doncs, hem de fer una breu referència al concepte de *servei públic*. Com és sabut, la definició de què s'ha d'entendre com a tal no resulta una tasca gens senzilla. De fet, la impossibilitat d'identificar-ne de forma unívoca el seu contingut ha portat a posar en dubte la seva pròpia existència i ha generat – i continua generant encara – un ampli debat en l'àmbit doctrinal¹⁵.

las CC.AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente” (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 2-2, 16 de marzo de 2017, p. 406).

¹⁴ En efecte, l'article 8.2 de l'anterior TRLCSP s'expressava en termes idèntics al excloure del seu àmbit d'aplicació “[...] los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

¹⁵ Entre molts altres podríem citar DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel; ARIÑO ORTIZ, Gaspar i MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis: *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997; GARRIDO FALLA, Fernando: “El concepto de Servicio público en el Derecho español”, a *Revista de Administración Pública*, núm. 135, setembre-desembre 1994, p. 7-36 o MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid 1998.

Així doncs, i sense entrar en aquesta discussió teòrica, als efectes d'aquest Informe podem partir d'una noció intermèdia, segons la qual els serveis públics són activitats prestacionals dirigides a satisfer una necessitat social dels ciutadans i respecte de les quals l'Administració assumeix el deure i la responsabilitat de garantir-ne la prestació¹⁶.

Si apliquem aquesta construcció doctrinal a BIMSA, veurem que difícilment podem considerar que l'Ajuntament de Barcelona hagi encarregat a aquesta entitat la gestió d'un *servei públic*, en el sentit que exposàvem anteriorment. En efecte, si partim de la consideració que, estatutàriament, la funció principal de BIMSA és la de realitzar actuacions urbanístiques i d'infraestructures, així com gestionar els procediments d'adjudicació de determinades obres públiques municipals, resulta complicat poder conceptuar jurídicament aquesta activitat com una actuació de caràcter prestacional dirigida a satisfer necessitats essencials dels ciutadans. Pel contrari, semblaria que l'activitat de BIMSA es configura com una activitat econòmica, de gestió urbanística o bé una activitat de serveix, realitzada respecte de la pròpia organització municipal. En conseqüència, al no poder configurar-se com un servei públic, en sentit estricte, podríem qüestionar-nos l'aplicació d'aquest precepte i l'aplicació de l'article 32.7 de la LCSP.

De tota manera, com veurem en l'apartat IV d'aquest Informe, el fet que BIMSA realitzi determinats serveis o funcions, de titularitat municipal, sí que pot tenir importància a l'hora de buscar altres possibles vies per articular les relacions entre l'Ajuntament de Barcelona i aquesta Societat, al marge de la figura dels encàrrecs a mitjans pròpies prevista a l'article 32 de la LCSP.

¹⁶ En aquest sentit s'expressen, per exemple, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principio de Derecho Administrativo General*, vol. 2, Ed. Iustel, Madrid 2004, p. 304-305; COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Civitas – Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 609 o MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis: *Los servicios públicos locales*, Ed. Bayer Hnos., Barcelona, 2007, p. 55-56.

5.- La no subjecció dels encàrrecs a mitjans propis personificats realitzats pels poders adjudicadors no estatals als requisits previstos a l'article 86 de la LPAC.

Per finalitzar l'estudi dels requisits que exigeix el nostre ordenament jurídic per admetre els encàrrecs directes que, d'acord amb l'article 32.2 LCSP, el poders adjudicadors poden realitzar als seus mitjans propis personificats, hem de preguntar-nos també sobre la necessitat que aquests compleixin, a més, amb allò previst a l'article 86 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic (en endavant, LRJSP).

Com és sabut, la LRJSP s'ocupa de regular, amb caràcter general, el règim jurídic de les administracions públiques, posant especial atenció en la regulació del sector públic institucional. És precisament en aquest àmbit on l'article 86 de la LRJSP introdueix una novetat molt rellevant – i alhora discutible – sobre el règim jurídic dels encàrrecs als mitjans propis personificats. Així, després de preveure que les entitats integrants del sector públic institucional podran ser considerades mitjans propis dels poders adjudicadors i de la resta d'entitats del sector públic quan compleixin les condicions i requisits previstos a la legislació contractual (art. 86.1 LRJSP), afegeix:

“2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, **además de disponer de medios suficientes e idóneos** para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una **opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.**
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.»»

Per tant, aquest precepte no només anticipa la necessitat d'acreditar que els mitjans propis personificats disposin dels mitjans suficients i idonis per poder complir amb els encàrrecs que se'ls atribueixen – obligació que, com mencionàvem en l'apartat anterior, s'ha recollit avui dia de forma expressa en l'article 32.2 c) de la LCSP – sinó que afegeix una nova limitació molt important a la utilització d'aquesta figura: l'establiment del caràcter subsidiari dels encàrrecs a mitjans propis respecte de la contractació pública. En efecte, l'article 86.2 de la LRJSP preveu que, excepte quan es justifiqui en raons d'urgència o seguretat pública, haurà d'acreditar-se que el recurs als mitjans propis resulta una opció més eficient i sostenible, en termes econòmics, que la contractació pública.

Com hem afirmat en alguna altra ocasió, amb la introducció d'aquest nou precepte es limitaria notablement la llibertat organitzativa que ha vingut caracteritzant fins ara la utilització per part de l'Administració dels encàrrecs a mitjans propis, introduint-se una espècie de presumpció d'ineficàcia de l'actuació pública i un clar criteri de subsidiarietat d'aquesta respecte del mercat¹⁷. De manera que, a no ser que es demostrï expressament que l'auto-provisió és una opció més eficient, eficaç i sostenible, tots aquells encàrrecs d'activitats contractuals que siguin susceptibles d'explotació privada haurien de ser, inicialment, objecte d'un procediment de licitació.

El dubte que pot plantejar-se en aquest cas té a veure amb l'abast d'aquests requisits i, sobretot, respecte dels supòsits en què cal aplicar-los. Si partíssim només de la Disposició Final 14 de la LRJSP – que preveu expressament que l'article 86 de la LRJSP no té caràcter bàsic – podríem arribar fàcilment a la conclusió que aquests requisits són únicament aplicables a l'Administració General de l'Estat i al sector públic estatal¹⁸. Pel que, en el cas que estem analitzant, no afectarien als encàrrecs que l'Ajuntament de Barcelona pogués

¹⁷ Vegeu VILALTA REIXACH, Marc: “La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines” a TORNOS MAS, Joaquín (Coord.): *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Ed. Atelier, Barcelona 2017, p. 77-106.

¹⁸ En efecte, l'article 86 de la LRJSP es troba ubicat en el Capítol II (*Organización y funcionamiento del sector público estatal*) del Títol II (*Organización y funcionamiento del sector público institucional*) que, d'acord amb la mencionada Disposició Final 14, apartat 2 c), de la LRJSP no tenen caràcter de legislació bàsica.

realitzar a BIMSA. Ara bé, la qüestió es complica si tenim en compte la regulació prevista a la nova LCSP. En concret, la seva Disposició Final Segona ens diu el següent:

“En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, **resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público**”.

Per tant, aquest article semblaria afirmar que el règim jurídic dels encàrrecs a mitjans propis personificats no només s'integraria pel compliment dels requisits previstos a l'article 32 de la LCSP sinó que, a més, caldria complir també amb allò previst a la LRJSP – molt especialment, les limitacions previstes a l'article 86.2 de la LRJSP –. En altres paraules, si tenim en compte que la Disposició Final Segona de la LCSP té caràcter bàsic – d'acord amb la Disposició Final Primera de la LCSP –, hauríem d'arribar a la conclusió que la nova LCSP ha volgut convertir també en bàsics els requisits previstos a l'article 86 de la LRJSP i, per tant, fer-los extensibles a tot el sector públic, tant estatal, com autonòmic i local.

Certament aquesta és una qüestió complexa, que no resulta fàcil de resoldre. En la nostra opinió, aquesta interpretació literal de la LCSP resultaria incorrecta, ja que considerem injustificat ampliar l'àmbit d'aplicació dels requisits previstos a l'article 86 de la LRJSP – i, molt especialment, del caràcter subsidiari dels encàrrecs a mitjans propis respecte de la contractació pública (art. 86.2 LRJSP) – a tot el sector públic institucional. Per diferents motius.

En primer lloc perquè resulta estrany que una limitació tant rellevant com la prevista a l'article 86.2 de la LRJSP no s'hagi previst de forma expressa i detallada a l'article 32 de la LCSP. Com apuntàvem anteriorment, l'aplicació d'aquesta limitació amb caràcter general suposaria un canvi molt significatiu en el règim jurídic dels encàrrecs a mitjans propis. Per tant resulta sorprenent que ni l'articulat de la Llei de Contractes del Sector Públic, ni tan sols la seva Exposició de Motius, no hi facin cap mena d'al·lusió. Més sorprenent encara quan, precisament, una altra de les novetats que incorporava aquest precepte – l'exigència que els mitjans propis disposin dels mitjans suficients i idonis per realitzar l'encàrrec (art. 86.2 LCSP) – sí que s'ha previst, de forma expressa, a l'article 32.2 d) de la LCSP

Però, sobretot, creiem que no ha estat aquesta la voluntat del legislador estatal perquè si llegim amb atenció l'article 32.1 de la LCSP veurem que aquest ja fa una referència als requisits previstos a la LRJSP pels encàrrecs als mitjans propis i, en aquest cas, els circumscriu només als mitjans propis d'àmbit estatal. En efecte, l'article 32.1 de la LCSP al definir els encàrrecs que els poders adjudicadors poden realitzar als seus propis mitjans personificats distingeix clarament entre aquells requisits que haurien de complir-se per tots els mitjans propis personificats – que serien els previstos als articles 32.2, 32.3 i 32.4 de la LRJSP – i aquells “requisitos establecidos para los medios propios de ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”¹⁹.

Per tant, partint d'una interpretació sistemàtica de la LCSP, podem concloure que, en la nostra opinió, els requisits i limitacions previstos a l'article 86 de la LRJSP serien aplicables únicament a les entitats que vulguin configurar-se com a mitjà propi de l'Administració General de l'Estat, no sent obligatòriament aplicables a la resta d'administracions públiques.

IV.- ALTERNATIVA A LA FIGURA DELS ENCÀRRECS A MITJANS PROPIS PERSONIFICATS: L'EXERCICI DE LES FUNCIONS QUE ESTATUTÀRIAMENT TÉ ASSIGNADES BIMSA.

Sens perjudici del què hem afirmat en els apartats anteriors, creiem oportú també realitzar algunes consideracions sobre la funcionalitat de la figura dels encàrrecs a mitjans propis i la seva innecessària aplicació per articular l'atribució i exercici de determinades funcions administratives.

En aquest cas, el punt de partida de la nostra argumentació hem de situar-lo en la consideració bàsica – però sovint oblidada – que la normativa en matèria de contractes del sector públic no pretén regular, en cap cas, les transferències de competències entre entitats públiques. En efecte, la normativa contractual s'ocupa només del règim jurídic dels *contractes públics*, és a dir, dels contractes onerosos celebrats per escrit per una entitat del sector públic amb una persona jurídica diferenciada (*ex art. 2.1 LCSP*).

¹⁹ En contra d'aquesta interpretació i favorable a l'extensió dels requisits previstos a l'article 86 de la LRJSP a tots els encàrrecs realitzats pels poders adjudicadors als seus mitjans propis personificats, AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto: “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?” a GIMENO FELIU, José María (Dir.): *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra 2018, p. 387-389. Tot i que sense pronunciar-se de forma clara, sembla expressar-se en el mateix sentit la recent Resolució del Tribunal Català de Contractes núm. 105/2018, de 15 de juny (p. 22-23).

D'aquesta manera, queden fora del seu àmbit d'aplicació aquells supòsits de descentralització funcional, en què no estem davant d'un acord onerós de voluntats entre dues persones diferenciades – és a dir, davant d'un *contracte* – sinó què és directament l'ordenament jurídic o la voluntat d'una determinada administració pública qui atribueix o imposa a una altra entitat l'exercici d'unes determinades funcions públiques²⁰. Així ho preveu, de forma expressa, l'article 1.6 de la ja mencionada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, quan afirma:

“Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales **se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores** o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva”.

Com pot comprovar-se, en aquests supòsits es parteix de la idea que no existeix pròpiament ni un *contracte públic* – ni tampoc un encàrrec a un mitjà propi personificat en el sentit de la LCSP – ja que és l'ordenament jurídic o la pròpia Administració qui unilateralment atribueix directament la responsabilitat sobre un determinat sector de l'activitat administrativa a una concreta entitat pública. De manera que, a partir d'aquesta transferència competències, ja no es pot afirmar, en cap cas, que l'entitat receptora actuï per mitjà d'un vincle contractual sinó que assumeix, a tots els efectes i com a pròpies, l'exercici de les funcions públiques que se l'hi atribueixen.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea, tot i que de manera molt puntual, ha tingut també la ocasió de pronunciar-se sobre aquestes qüestions. Així, per exemple, en la Sentència de 21 de desembre de 2016, ass. C-51/15, *Remondis GmbH*, en la que s'enjudiciava la transferència de les competències de recollida i tractament de residus que vàries autoritats públiques alemanyes havien realitzat a un consorci creat per elles – i que, per les activitats a realitzar, no complia els requisits per ser considerat un mitjà propi, d'acord amb la

²⁰ Sobre aquestes qüestions resulta també clarificador l'apartat 4.1 (Redistribució de competències entre autoritats públiques) del *Document de treball dels serveis de la Comissió Europea de 2011 relatiu a l'aplicació de la normativa sobre contractació pública de la UE a les relacions entre poders adjudicadors (Cooperació dintre del sector públic)* [SEC (2011) 1169].

normativa contractual –, el TJUE afirma que els procediments de reassignació voluntària de competències entre entitats públiques no poden definir-se com un contracte públic a efectes de la normativa contractual. En concret, el TJUE conclou que les Directives europees han d'interpretar-se:

“[...] en el sentido de que **no constituye un contrato público** un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades” (FJ. 55)²¹.

Tot i que, excepte error per part nostre, la vigent LCSP no recull de forma explícita aquest supòsit, cal dir que, conceptualment, tampoc suposa una novetat absoluta al nostre ordenament jurídic. Per exemple, com ja hem mencionat anteriorment, l'article 8.2 de l'anterior TRLCSP ja exclouïa del seu àmbit d'aplicació els supòsits en què la gestió d'un servei públic s'efectuava mitjançant la creació d'entitats de dret públic o societats de dret privat, de capital íntegrament públic; o, en termes semblants, la legislació urbanística autonòmica permet també encarregar directament la realització de determinades tasques de gestió urbanística a les societats de capital íntegrament públic²². Pel què, segurament, la novetat principal de la Directiva comunitària radiqui en la incorporació expressa d'aquest supòsit i la seva extensió al desenvolupament de qualssevol funcions públiques.

Des d'aquesta perspectiva, creiem que aquesta argumentació podria resultar-nos d'utilitat a l'hora d'intentar articular les relacions que poden establir-se entre BIMSA i l'Ajuntament de Barcelona, al marge de la figura dels encàrrecs a mitjans propis que hem estudiat anteriorment.

²¹ Anteriorment el TJUE havia fet referència també a aquesta qüestió, tot i que de manera molt més breu, en la Sentència de 20 d'octubre de 2005, ass. C-264/03, *Comissió de les Comunitats Europees/França*, FJ. 54.

²² Podem citar, per exemple, l'article 22.2 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, pel que s'aprova el Text refós de la Llei d'Urbanisme de Catalunya o, fora de Catalunya, l'article 13.4 del Decret legislatiu 1/2004, de 22 d'abril, pel que s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria d'ordenació del territori i urbanisme d'Astúries.

En efecte, podríem intentar sostenir que BIMSA es configura com una societat anònima creada per l'Ajuntament de Barcelona a la que s'assigna directament la realització de determinades activitats públiques – en concret, “l'execució d'actuacions urbanístiques, d'infraestructura i de dotació i concessió de serveis, inclosa l'edificació [...]” – de manera que, com apuntàvem anteriorment, per a l'exercici d'aquestes funcions BIMSA no requeriria de cap més negoci jurídic concret d'atribució – ni un contracte ni un encàrrec en el sentit de l'article 32 de la LCSP – perquè aquestes funcions l'hi venen ja atribuïdes directament per la seva norma o acte de creació.

En la nostra opinió, la diferència d'aquest supòsit concret amb la figura dels contractes públics (*ex* article 2.1 LCSP) resulta suficientment clara. En el cas que estem analitzant no ens trobem davant d'un acord oneros de voluntats entre dues persones jurídiques diferents que acorden la realització d'una determinada prestació. Al contrari, ens trobem davant d'un acte jurídic de caràcter unilateral: és l'Ajuntament de Barcelona, per decisió pròpia, qui decideix constituir BIMSA i atribuir-li la realització de determinades funcions públiques en l'àmbit urbanístic i de la realització d'obres d'infraestructura.

En conseqüència, la relació de l'Ajuntament de Barcelona amb BIMSA no es pot considerar, en cap cas, com una relació de caràcter contractual. Per la senzilla raó que no es formalitza cap *contracte* entre elles. No hi ha cap acord de voluntats entre dues persones jurídiques diferenciades, sinó només la decisió unilateral del Consistori barceloní d'organitzar l'exercici d'unes determinades activitats públiques mitjançant una forma de personificació subjecta al dret privat. En conseqüència, al no existir un *contracte*, no podem parlar tampoc de l'existència d'un *contracte públic* (art. 2.1 LCSP).

1.- Requisits de la redistribució de competències entre entitats públiques.

Partint d'aquest plantejament general, podem aprofundir una mica més en la nostra argumentació, posant en relleu les diferències del supòsit que estem analitzant amb la figura del *contracte públic* regulat per la LCSP. En aquest sentit, centrarem específicament la nostra atenció en dos dels aspectes centrals d'aquesta relació jurídica: els subjectes participants i, sobretot, l'objecte de transferència.

1.1.- Subjectes de la relació.

Com apuntàvem anteriorment, la noció de *contracte públic* exigeix sempre l'existència prèvia de dues persones diferenciades – una de les quals ha de ser una entitat del sector públic (art. 2.1 LCSP) – que acorden l'establiment d'una relació jurídica entre elles (la prestació d'un servei, la realització d'una obra o un subministrament). D'aquesta manera podem afirmar que les relacions contractuals són sempre, i indiscutiblement, de caràcter bilateral, en el sentit que exigeixen la intervenció de dos subjectes diferents, que es constitueixen com les parts de la relació jurídica creada.

En la nostra opinió, aquestes consideracions podrien ser suficients, per sí soles, per excloure de l'àmbit d'aplicació de la legislació contractual l'atribució estatutària de determinades activitats públiques a BIMSA²³. Com apuntàvem anteriorment, en el cas de BIMSA aquesta dualitat de parts és absolutament inexistent. És el Plenari de l'Ajuntament de Barcelona, d'acord amb allò previst al ROAS, qui decideix crear *ex novo* una societat anònima per a la gestió de determinades actuacions urbanístiques, dotacionals i d'infraestructures de la seva titularitat. Pel què, en la creació d'aquesta Societat no hi ha un acord de voluntats, un *contracte*, entre dues persones jurídiques diferenciades, sinó una simple opció organitzativa de l'Administració municipal.

En aquest punt, hem d'afegir també que el fet que BIMSA hagi estat creada voluntàriament per l'Ajuntament de Barcelona i, per tant, la seva existència no vingui directament imposada per l'ordenament jurídic no afectaria a l'aplicació d'aquesta excepció. Precisament, en la mencionada Sentència de 21 de desembre de 2016, ass. C-51/15, *Remondis GmbH*, el TJUE va tenir ocasió de pronunciar-se sobre aquesta qüestió, considerant que és indiferent que la transferència de competències entre poders adjudicadors sigui imposada per una autoritat de rang inferior o que, fins i tot, pugui provenir de transferències voluntàries de competències entre entitats públiques – recordem que aquesta Sentència es refereix específicament a la creació d'un consorci administratiu –

²³ En el mateix sentit s'expressa HUERGO LORA quan, al analitzar el supòsit plantejat en la mencionada Sentència *Remondis GmbH*, afirma que difícilment pot confondre's amb un contracte públic el fet que dues entitats creïn un consorci al que delegen competències en una determinada matèria.

En les seves pròpies paraules: “Es difícil confundir eso con un contrato público porque se trata de una auténtica delegación de competencias intersubjetiva y no del encargo de la prestación de un Servicio”. HUERGO LORA, Alejandro: “Los convenios interadministrativas y la legislación de contratos”, a *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 8, 2017, p. 21.

Per tant, segons el TJUE i tal com veurem amb més detall seguidament, l'important no seria el tipus d'entitats públiques a les que afecta aquesta relació sinó l'abast i conseqüències d'aquesta reorganització competencial.

Sens perjudici de l'anterior, caldria introduir una petita matisació a les últimes afirmacions. I és que, tot i que el TJUE no hi fa referència directa, l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sí que conté una precisió important, ja que exclou del seu àmbit d'aplicació només els acords de transferència de competències i responsabilitats realitzats entre poders adjudicadors. Tot i que, al nostre entendre, aquest element podria no ser suficient, per sí sol, per excloure l'aplicació d'aquest supòsit a altres entitats del sector públic que no tinguin la consideració de poder adjudicador²⁴, en el cas que ens ocupa semblaria que el compliment d'aquest condicionant tampoc presentaria majors complicacions.

Per un costat, l'Ajuntament de Barcelona es configura jurídicament com una entitat local de caràcter territorial – d'acord amb l'article 3 del TRLMRLC – de manera que té la consideració d'Administració Pública – i, per tant, de poder adjudicador – als efectes de la normativa de contractes del sector públic (art. 3.2 LCSP). Quan a BIMSA, ens limitarem a constatar que la seva pròpia normativa l'ha vingut considerant tradicionalment com un poder adjudicador no administració pública d'acord amb l'article 3.3 b) de la LCSP²⁵. Pel què, en la mesura que aquesta entitat té efectivament la consideració jurídica de poder adjudicador, entraria plenament dintre de l'àmbit d'aplicació subjectiu de l'excepció prevista a l'article 1.6 de la mencionada Directiva.

1.2.- Objecte.

Una vegada hem fet referència a l'element subjectiu hem de passar a analitzar l'objecte d'aquesta exclusió, que, sens dubte, se'ns presenta com l'element determinant de la seva aplicació. En efecte, tot i que les Directives europees consideren que la determinació de

²⁴ La Directiva 214/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, només recull aquest supòsit en la mesura que, tal com preveu el seu article 1.1, limita el seu àmbit d'aplicació només als procediments de contractació celebrats pels poders adjudicadors, però no als contractes que puguin celebrar altres entitats que no tinguin aquesta consideració.

²⁵ Una bona mostra d'aquesta consideració la trobem a les instruccions internes de contractació aprovades per BIMSA amb anterioritat a l'entrada en vigor de la LCSP i publicades al perfil del contractant. https://contractaciopublica.gencat.cat/ecofin_pscp/AppJava/capDocument.pscp?reqCode=viewCapD&idCap=16191063&idDoc=31690178

L'instrument jurídic a partir del qual s'articula aquesta transferència de competències entre poders adjudicadors és un afer intern de cada Estat membre, el TJUE sí que ha fet referència a alguns dels límits o requisits que necessàriament haurien de complir-se per considerar que estem verdaderament davant d'una cessió de competències entre entitats públiques. Requisits que, com apuntàvem, tenen a veure amb l'objecte d'aquesta cessió.

Novament, si ens remetem a la mencionada Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 21 de desembre de 2016, ass. C-51/15, *Remondis GmbH*, veurem que s'afirma el següent:

“No obstante, tal transferencia de competencias relativa al desempeño de funciones públicas sólo existe **si se refiere a la vez, a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes** que son el corolario de ésta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente **dispone de autonomía decisoria y financiera**, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.” (FJ. 55).

Per tant, no qualsevol atribució de competències entre entitats públiques donaria lloc a un supòsit exclòs de l'àmbit d'aplicació de la normativa contractual sinó que – tal com ja indicava inicialment la mencionada STJUE de 20 d'octubre de 2005, ass. C-264/03, *Comissió de les Comunitats Europees/França* (FJ. 54) – es requereix que aquesta cessió sigui plena, en el sentit que el beneficiari de la cessió pugui exercir les competències de forma independent i sota la seva pròpia responsabilitat.

Des del nostre punt de vista, amb totes les matisacions que farem a continuació, considerem que aquests límits tampoc no haurien de ser un obstacle absolutament insalvable per a l'aplicació d'aquesta figura al cas que ens ocupa. Si bé hem de ser conscients que, en aquest cas, hauríem de realitzar una interpretació de la organització i funcionament de BIMSA notablement allunyada de la que fa un moment realitzàvem d'aquesta entitat com a possible mitjà propi personificat als efectes de l'article 32 de la LCSP.

Així, si partim dels criteris que ha utilitzat el TJUE en la mencionada Sentència *Remondis GmbH* per analitzar els trets essencials de la transferència de competències entre entitats públiques, podem diferenciar bàsicament 2 elements.

A) Assumpció de responsabilitats i autonomia decisòria.

En primer lloc, el TJUE en la mencionada Sentència ha considerat que, per poder parlar-se d'una transferència de competències entre entitats públiques, és necessari que aquesta suposi l'assumpció de les responsabilitats vinculades a la competència que es transfereix, en particular, la obligació de complir les funcions que implica aquesta competència i els poders que són corol·lari d'aquesta (FJ. 49).

Des d'aquesta perspectiva, si atenim als seus Estatuts socials, podem afirmar que BIMSA gaudeix realment d'autonomia per a gestionar les seves competències. Com veurem més endavant, BIMSA disposa de plena capacitat de decisió, a través dels seus propis òrgans societaris, sobre les seves funcions (així com sobre els seus béns, personal,...), sense que es requereixi un consentiment previ de l'Administració matriu per a actuar en l'àmbit jurídic.

És aquesta entitat – BIMSA – la que exerceix les funcions que l'hi han estat assignades per l'Ajuntament de Barcelona, amb plena capacitat d'obrar. A més a més, per al compliment d'aquestes activitats, els Estatuts socials l'hi atribueixen totes aquelles potestats necessàries: entre d'altres, “encomanar projectes d'urbanització, edificació i obra civil, adjudicar les obres corresponents”, “adquirir, transmetre, constituir, modificar i extingir tota classe de drets reals i personals sobre béns mobles i immobles”, “actuar com a beneficiària d'expropiacions”, “establir convenis”, etc. (art. 2 Estatuts).

De tota manera, en aquest punt, hem de recordar que, com ha destacat el TJUE en la Sentència *Remondis GmbH* (FJ. 52), l'autonomia d'acció que es reconeix a l'ens delegat no suposa una total desvinculació per part de l'ens delegant. Al contrari, tal com afirma expressament, la transferència d'una competència:

“[...] no significa que la entidad que resulta ahora competente **deba sustraerse a toda influencia por parte de cualquier otra entidad pública**. En efecto, una entidad que transfiere una competencia puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio” (FJ. 52).

Aquesta precisió que realitza el TJUE creiem que resulta també d'utilitat en el cas que ens ocupa, ja que ens permetria considerar que el fet que, d'acord amb l'article 215.1 del ROAS, hagi de ser el Ple municipal qui hagi d'aprovar el pla d'actuació, inversions i finançament de BIMSA no suposa una reducció absoluta de la capacitat de decisió d'aquesta Societat. Al contrari, com destaca el TJUE, podríem entendre que es tracta simplement d'un control formal, que permet a l'Ajuntament de Barcelona, exercir un cert dret de supervisió de les funcions que s'assignen a BIMSA²⁶.

En efecte, l'aprovació pel Consistori barceloní d'aquest programa d'actuacions constituïria només la fixació del marc general en el que s'ha de desenvolupar l'activitat de BIMSA. Però serà posteriorment aquesta Societat qui decidirà, amb plena capacitat d'obrar i a través dels seus propis òrgans socials, com executar les tasques que l'hi ha estat assignades. En definitiva, és BIMSA qui gestiona aquestes activitats de manera autònoma i sota la seva responsabilitat.

Sens perjudici de l'anterior, el problema que se'ns planteja a l'hora de traslladar aquest esquema conceptual al cas de BIMSA el trobem principalment en la amplitud (i certa indefinició) de les funcions concretes que s'assignen a aquesta entitat. En efecte, si partim de l'article 2 dels seus Estatuts socials, veurem que s'atribueix a aquesta entitat:

“l'execució d'actuacions urbanístiques, d'infraestructura i de dotació i concessió de serveis, inclosa l'edificació, **que li siguin encomanades directa o indirectament per administracions públiques**, en el terme municipal de Barcelona” [...].

²⁶ Tinguis en compte també que, tot i que és cert que l'aprovació formal d'aquests plans correspondria a l'Ajuntament de Barcelona, la seva preparació correspondria directament a BIMSA, d'acord amb allò que preveuen els mencionats articles 210.2 i 210.3 del ROAS.

De la lectura d'aquest precepte sembla despendre's que, si prèviament no hi ha un encàrrec concret per part d'una administració pública, BIMSA no tindria cap tipus de competència o funció pròpia. Conclusió que es reforça si seguim llegint aquest mateix article i que afirma: "Per a executar aquests encàrrecs, la Societat podrà desenvolupar les següents activitats [...]".

En la nostra opinió, si les activitats que pot desenvolupar BIMSA es condicionen sempre a l'existència prèvia d'un encàrrec específic per part de l'Ajuntament de Barcelona, ens allunyaríem clarament de la idea de transferència de competències entre poders adjudicadors prevista a l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, per aproximar-nos a la institució contractual. En efecte, si acceptéssim aquesta construcció, hauríem d'afirmar també que el recurs a BIMSA per part de l'Ajuntament de Barcelona no és res més que una adquisició onerosa d'uns determinats serveis, és a dir, un *contracte públic* en el sentit de l'article 2.1 de la LCSP – sens perjudici que posteriorment aquest contracte, com exposàvem anteriorment, es pogués articular sobre la base dels encàrrecs a mitjans propis de l'article 32 de la LCSP –.

En conseqüència, per poder acollir-nos a l'excepció prevista a l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE creiem que caldria precisar millor en els Estatuts socials de BIMSA quin és el servei o les activitats concretes que s'assignen a aquesta entitat. L'assignació expressa a BIMSA d'unes determinades funcions públiques és només l'element determinant per poder parlar d'un supòsit real de transferència de competències, a la vegada que es configura com el títol habilitant que legitima a aquesta Societat per prestar aquestes activitats en nom de l'Administració i sense necessitat d'un encàrrec exprés i concret.

Òbviament, la determinació de quines activitats o funcions concretes es volen atribuir a BIMSA és una decisió que queda fora de l'anàlisi d'aquest Informe, ja que aquestes poden ser molt diverses, en funció de les necessitats organitzatives de l'Ajuntament de Barcelona i dels mitjans dels què es dota aquesta Societat. De tota manera, com apuntàvem anteriorment, a través de la modificació dels Estatuts socials de BIMSA hauria de fer-se constar expressament, i de forma detallada, quines són les activitats o serveis que – amb caràcter de "pròpies" – assumeix estatutàriament aquesta entitat, ja que, al nostre entendre, amb la redacció actual no queda del tot clar si la actuació de BIMSA es centra en la realització d'actuacions de gestió urbanística, en la prestació de determinats serveis públics

o en la gestió d'altres activitats de caràcter merament econòmic²⁷. I, en qualsevol cas, més enllà de les funcions que finalment se l'hi atribueixin, tal com ha posat en relleu el TJUE en la mencionada Sentència *Remondis GmbH*, aquesta atribució competencial hauria de tenir per conseqüència:

“[...] que una autoridad anteriormente competente **se ve liberada o se libera de la obligación y del derecho de ejecutar una función pública determinada** mientras que a otra autoridad se le confía en adelante esa obligación y ese derecho” (FJ. 41).

Efectivament, ha de quedar clar que amb la creació de BIMSA s'està produint una reorganització administrativa interna de les funcions públiques que corresponen a l'Ajuntament de Barcelona. De manera que, per decisió del Consistori barceloní, determinades activitats administratives concretes passen a gestionar-se, de forma directa, per aquesta Societat. En conseqüència, hauríem de concloure també que, excepte que es dissolgui o modifiqui el seu règim jurídic, l'Ajuntament de Barcelona no podria exercir directament aquestes mateixes funcions, ja que, com dèiem, les ha atribuït a BIMSA.

Finalment, hem de mencionar també que el fet que la transferència a BIMSA pugui tenir un caràcter no permanent no constituiria tampoc un obstacle per poder excloure aquest supòsit de l'àmbit d'aplicació de la normativa contractual. I és que el TJUE, en la mencionada Sentència *Remondis GmbH*, segueix dient que no és necessari que la transferència de competències tingui caràcter irreversible, ja que el repartiment de competències dintre d'un Estat no pot considerar-se congelat, de manera que són possibles reorganitzacions successives (FJ. 53).

²⁷ En aquest punt, tot i que excedeix de l'objecte d'aquest Informe, podria qüestionar-se també la tipologia d'entitat utilitzada per a l'exercici d'aquestes funcions. I és que, si com sembla apuntar-se, vol limitar-se l'activitat de BIMSA a la gestió de determinats procediments d'adjudicació contractual – és a dir, a la realització d'una tasca eminentment administrativa, de caràcter no estrictament empresarial o industrial – podria pensar-se també en la modificació del tipus d'entitat que ha de prestar aquestes funcions (i optar, per exemple, per la figura de l'organisme autònom local).

Igualment, i de forma relacionada, pren rellevància també la matisació prevista a l'article 85 de la LBRL, en el sentit de recordar-nos que, d'acord amb allò previst a l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, la forma de gestió ha de tenir en compte que correspon en exclusiva als funcionaris públics la realització de funcions que impliquin l'exercici d'autoritat. Recordatori que resulta molt pertinent en aquest moment, en el que, entre d'altres, es debat sobre la possible atribució de la potestat per adjudicar contractes públics a BIMSA.

B) Autonomia financera.

Sens perjudici de les anteriors consideracions, hem d'afegir que, a l'hora d'analitzar els supòsits de transferència de competències entre poders adjudicadors exclosos de l'àmbit d'aplicació de la normativa contractual, el TJUE ha prestat atenció també als intercanvis econòmics que es produeixen en aquesta operació. Així, en la mencionada Sentència *Remondis GmbH*, el TJUE ha subratllat que la transferència de competències entre entitats públiques ha de suposar una autonomia financera per part de l'ens receptor (FJ. 57), en el sentit que no hi ha pròpiament una compensació econòmica per la mera realització d'unes activitats materials.

El punt de partida en aquest cas, és que els *contractes públics* són sempre contractes de caràcter onerosos (art. 2.1 LCSP) en el sentit que una entitat del sector públic rep una prestació – una obra, un subministrament o un servei – a canvi d'una contraprestació²⁸. Per tant, tal i com a afirmat el TJUE en diverses ocasions, per poder parlar d'un contracte públic ha de produir-se necessàriament un intercanvi de prestacions²⁹.

Davant d'aquesta situació, en canvi, en la transferència de competències entre poders adjudicadors – tal i com expressa l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer – no es produeix una retribució per l'execució d'un contracte. Al tractar-se d'un assumpte organitzatiu intern, no pot parlar-se de una mera retribució per la realització d'una determinada prestació. Ara bé, com ha indicat el TJUE en la mencionada Sentència *Remondis GmbH*, això no vol dir que aquesta operació no pugui donar lloc a intercanvis patrimonials entre les parts, el què passa, però, és que:

“[...] la reasignación de los medios utilizados para el ejercicio de la competencia, que se transmiten por la autoridad que deja de ser competente a la que pasa a ser competente, no puede analizarse como el pago de un precio, sino que **constituye, por el contrario, una consecuencia lógica, incluso necesaria, de la**

²⁸ En el cas espanyol, a més, l'article 2.1 de la LCSP la onerositat dels contractes públics com la exigència que el contractista obtingui algun tipus de benefici econòmic, ja sigui directe o indirecte, amb l'execució del contracte.

²⁹ En aquest sentit, i entre moltes altres, podem citar la STJUE de 25 de març de 2010, ass. C-451/08, *Helmut Müller GbmH* (FJ. 45) o la STJUE de 18 de gener de 2007, ass. C-200/05, *Jean Aroux/Commune de Roanne* (FJ. 45).

transferencia voluntaria o de la redistribución impuesta de dicha competencia de la primera autoridad a la segunda” (FJ. 45).

Des d'aquesta perspectiva, l'aplicació d'aquestes consideracions al cas que ens ocupa, exigeix prendre en consideració el sistema de finançament de BIMSA. En aquest sentit, si partim de la informació pressupostària i comptable publicada al Portal de Transparència d'aquesta entitat³⁰, podem comprovar com, excepte error per part nostra, les vies principals de finançament d'aquesta Societat provenen de dues fonts diferenciades:

- a) Per un costat les transferències corrents de caràcter pressupostari que aquesta entitat rep de l'Ajuntament de Barcelona per a l'exercici de les funcions que estatutàriament se l'hi atribueixen, i que es comptabilitzen com a subvencions d'exploració.
- b) I, per altra banda, els ingressos derivats de la seva activitat de gestió de l'obra pública i que es factura als adjudicataris d'aquesta. Per tant, pels ingressos d'exploració propis que obté aquesta Societat en l'exercici de les seves funcions.

Tenint en compte aquests elements econòmics, i partint de la interpretació efectuada pel TJUE, podríem considerar que, efectivament, ens trobem davant d'un supòsit de transferències de competències entre entitats públiques. Tot i que és cert que una bona part dels recursos de BIMSA procedeixen dels Pressupostos municipals, creiem que aquests han d'entendre's com una disposició genèrica de béns, necessària per tal que aquesta entitat pugui complir correctament amb les seves funcions. De manera que, seguint els arguments exposats pel TJUE en la Sentència *Remondis GmbH*, aquesta aportació econòmica municipal ens apareixeria clarament allunyada d'una mera retribució d'un preu per a la realització d'un encàrrec o negoci concret. No es podria configurar com una remuneració contractual – per la prestació d'un servei concret – sinó que s'hauria de configurar com la conseqüència lògica de l'atribució competencial rebuda estatutàriament per BIMSA per a la realització d'uns determinats serveis municipals.

³⁰ Vegeu <http://transparencia.bimsa.cat/informacio-economica/informe-anual/>

Junt amb les anteriors consideracions, per avaluar l'existència d'un supòsit de transferència de competències entre entitats públiques des del punt de vista financer, el TJUE s'ha referit també a un segon element: que l'entitat receptora disposi també d'una autonomia financera; negant-se aquesta quan “la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de éstas o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió” (FJ. 49).

Al nostre entendre, BIMSA també compliria aquests requeriments. Tot i que és cert que, com la resta d'entitats instrumentals de l'Ajuntament de Barcelona, aquesta Societat està subjecta al control intern per la Intervenció municipal (*ex art. 223.2 ROAS*), no pot negar-se la capacitat de decisió de BIMSA en el què es refereix al finançament de les seves activitats. No només perquè correspon a aquesta entitat l'elaboració del seu estat de despeses i ingressos, i l'aprovació dels comptes anuals (art. 27 Estatuts) sinó també perquè decideix, en el marc de l'ordenament jurídic i de les funcions que se l'hi assignen, les operacions econòmiques a realitzar, amb plena capacitat per contractar, alienar béns, concertar préstecs,...

Com en el punt anterior, aquesta autonomia financera de l'ens receptor d'aquestes funcions no s'ha d'entendre tampoc com una total desvinculació de l'Administració cedent. Al contrari, el propi TJUE – en la Sentència *Remondis GmbH* – ha reconegut que:

“[...] no constituye una remuneración el hecho de que la autoridad que tome la iniciativa de la transferencia de una competencia o que decida la redistribución de una competencia **se comprometa a asumir la carga de eventuales excesos de costes** en relación con los ingresos que puedan resultar del ejercicio de esa competencia” (FJ. 46).

Per tant, res no impediria que l'entitat pública que transfereix la competència – en el nostre cas, l'Ajuntament de Barcelona – pugui conservar alguns mecanismes de fiscalització de l'activitat delegada a BIMSA, que poden tenir com a finalitat, com en el supòsit tractat en la Sentència *Remondis GmbH* constituir una garantia de cara a tercers. Però, en tot cas, aquesta intervenció de l'entitat delegant no pot conferir-li el control financer directe de l'activitat objecte de transferència.

2.- Recapitulació.

Arribats a aquest punt i una vegada analitzats els diferents elements que, tant des d'un punt de vista subjectiu com objectiu, configurarien el concepte de transferència de competències – d'acord amb la interpretació efectuada fins al moment pel TJUE – creiem oportú fer una petita recapitulació de les principals idees que hem vingut exposant en les pàgines anteriors.

En primer lloc, hem posat en relleu com, efectivament, podria buscar-se una alternativa a la figura dels encàrrecs a mitjans propis prevista a l'article 32 de la LCSP. Aquesta alternativa podria passar per modificar els Estatuts socials de BIMSA per tal de reflectir de manera més clara que l'exercici de determinats serveis o activitats administratives de titularitat municipal s'han atribuït directament a BIMSA a través dels seus estatuts socials. Així, aquesta entitat se'ns presentaria com una forma de gestió directe, per decisió del propi Ajuntament de Barcelona, d'unes determinades activitats o serveis municipals.

Des d'aquesta perspectiva, aquesta assignació de funcions tindria una naturalesa organitzativa i no contractual, en la mesura que permetria a BIMSA exercir sota la seva pròpia responsabilitat, mitjançant els seus propis òrgans socials, és a dir, amb plena autonomia decisòria i financera un determinat conjunt de funcions en l'àmbit de l'execució urbanística i de a gestió d'infraestructures.

Quina seria la principal aportació d'aquesta manera d'entendre la configuració institucional de BIMSA? Doncs que, com apuntàvem anteriorment, al considerar-se que aquesta entitat actua en exercici d'unes competències que l'hi són pròpies – ja que se l'hi han atribuït directament pels seus Estatuts reguladors – no seria necessari formalitzar cap altre negoci i encàrrec amb l'Ajuntament de Barcelona. El trasllat competencial, doncs, no derivaria d'un acord de voluntats entre dues persones jurídiques diferenciades, sinó de la decisió organitzativa unilateral de l'Ajuntament de Barcelona de descentralitzar funcionalment l'exercici de determinades funcions.

En aquest sentit, el règim jurídic d'aquesta operació no hauria de buscar-se en l'article 32 de la LCSP – ja que no estariem davant d'un encàrrec a mitjans propis personificats – sinó principalment en la legislació de règim local i del seu sector públic que regula la gestió dels

serveis municipals mitjançant entitats instrumentals. En conseqüència, tampoc no s'aplicarien a aquests supòsits les limitacions derivades dels encàrrecs a mitjans propis; en particular, la reserva d'execució directe del 50% de la prestació que l'article 32.7 de la LCSP.

Pel que, més enllà dels controls d'eficiència i sostenibilitat previstos a l'article 85 de la LBRL, per a l'exercici de les seves funcions, BIMSA podria recórrer més fàcilment a les diferents formes d'actuació contractuals previstes al nostre ordenament jurídic (en la mesura que l'ordenament no l'hi imposa un percentatge mínim d'execució directa de les seves competències).

Igualment, i per finalitzar aquest apartat, caldria tenir també molt en compte que el fet d'aplicar aquestes consideracions a BIMSA no impediria, en absolut, que aquesta entitat pogués ser considerada igualment com a mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona. El que volem destacar és que, el fet que per a l'exercici de les funcions pròpies que l'hi han estat atribuïdes estatutàriament, no hagi de rebre cap encàrrec per part del Consistori barceloní, no impedeix que BIMSA, per a la realització d'altres possibles serveis o activitats, sí que pugui considerar-se mitjà propi i rebre encàrrecs directes de l'Ajuntament de Barcelona, d'acord amb el règim i les limitacions previstes a l'article 32 de la LCSP.

3.- Aspectes organitzatius de l'atribució no contractual de funcions.

Fetes les anteriors consideracions, i per acabar aquest capítol del nostre Informe, creiem necessari també fer una breu referència a determinats aspectes organitzatius que es troben implicats en la transferència de determinades competències entre poders adjudicadors.

En aquest cas, com ja hem anat mencionant al llarg del nostre estudi, el punt de partida hem de situar-lo en la consideració que l'atribució no contractual de competències a una determinada entitat pública no s'ha d'entendre tampoc com una total desvinculació entre els dos subjectes que participen en aquesta operació. Al contrari, tal com indicava el TJUE en la Sentència *Remondis GmbH*, és possible que l'entitat cedent segueixi exercint una determinada influència en l'execució d'aquestes funcions. Influència que “[...] puede ejercerse a través de un órgano, como una junta general, compuesta por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes” (FJ. 52).

Al nostre entendre, aquesta idea pot resultar important als efectes d'aquest Informe ja que permet seguir mantenint una vinculació orgànica estreta entre l'Ajuntament de Barcelona i BIMSA pel què fa a la concreció de les tasques que ha de realitzar aquesta entitat i les condicions específiques de la seva execució.

En aquest sentit, més enllà que correspongui al Plenari de l'Ajuntament de Barcelona l'aprovació del pla d'actuació, finançament i inversions anual (*ex* art. 225.1 ROAS) o, fins i tot, l'aprovació prèvia dels projectes d'obres a realitzar, l'assumpció concreta d'aquestes es produiria, no via contracte o encàrrec, sinó mitjançant l'òrgan de govern de BIMSA: la seva Junta General.

Com ja hem exposat anteriorment, la Junta General és el màxim òrgan de govern de BIMSA i està format exclusivament per representants de l'Ajuntament de Barcelona – de fet, està format pel Plenari del Consell Municipal (art. 12 Estatuts) –, sent-ne, a més, president el propi alcalde/alcaldeessa de Barcelona (art. 16 Estatuts). Per tant, a través de les reunions de la Junta General de BIMSA, l'Ajuntament de Barcelona pot fixar directament quins són els encàrrecs a realitzar per aquesta Societat i en quines condicions.

I, insistim novament, per a aquesta concreció no seria necessari cap mena de negoci jurídic bilateral entre l'Ajuntament i BIMSA, ja que es tractaria simplement de l'adopció d'una decisió pel màxim òrgan de govern d'una entitat pública personificada en l'àmbit de les funcions pròpies que se l'hi atribueixen estatutàriament.

Formalment qui actua i decideix és BIMSA, com a entitat amb personalitat jurídica pròpia, i, a més, actua a través dels seus propis òrgans socials. Per tant, des d'aquesta perspectiva, no pot negar-se l'autonomia de gestió amb què actua BIMSA. Ara bé, com a entitat instrumental que és, aquesta autonomia és merament formal, ja que la seva actuació resulta sempre mediatitzada en la mesura que els seus membres són uns simples gestors, que representen els interessos d'una col·lectivitat territorial més ampla, l'Ajuntament de Barcelona, a la què s'adscriu aquesta entitat.

Per altra banda, no desvirtua aquesta consideració el fet que la gestió ordinària de la Societat recaigui en un altre òrgan – el Consell d'Administració (art. 18 Estatuts) –. Per diverses raons. En primer lloc, perquè els membres del Consell d'Administració de BIMSA

són nomenats directament per la Junta General, que pot comprovar la seva gestió i, en el seu cas, revocar el seu nomenament (art. 19 Estatuts). Però també perquè l'existència d'aquest altre òrgan encarregat de l'administració de la Societat no implica, en cap cas, que la Junta General de BIMSA perdi la titularitat de les màximes funcions de direcció que se l'hi atribueixen estatutàriament i, per tant, la possibilitat de condicionar l'actuació de la Societat³¹.

En definitiva, tot i que jurídicament puguem mantenir una plena separació formal entre la Junta General de BIMSA i l'Ajuntament de Barcelona – en la mesura que no es pot confondre l'actuació dels membres del Plenari de l'Ajuntament de Barcelona en la seva funció d'òrgan de govern de l'ens local amb la que tenen com a òrgan social a BIMSA – a la pràctica aquesta pot ser una via a partir de la qual, el Consistori barceloní pot fixar directament les actuacions a realitzar per BIMSA, i les condicions pel seu exercici. Novament, sense haver de recórrer a la figura dels encàrrecs a mitjans propis o la celebració d'un contracte públic.

³¹ En aquest sentit, cal recordar que l'article 161 del Reial Decret Legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel que s'aprova el Text refós de la Llei de Societats de Capital, permet que, excepte que els estatuts socials disposin el contrari, la junta general de les societats de capital pot impartir instruccions al òrgan d'administració o sotmetre a autorització l'adopció per aquest òrgan de decisions o acords sobre determinats assumptes de gestió.

V.- CONCLUSIONS.

Primera

La nova LCSP regula amb detall les anomenades relacions de *cooperació vertical*, consistents en la utilització de mitjans propis personificats per part dels poders adjudicadors. En aquest sentit, l'article 32 de la LCSP s'ocupa de desenvolupar, d'acord amb la jurisprudència europea, els requisits necessaris que han de complir-se estrictament per tal que els encàrrecs realitzats pels poders adjudicadors puguin quedar fora de l'àmbit d'aplicació de la normativa contractual i, en conseqüència, adjudicar-se de forma directa.

Segona

L'anàlisi d'aquests requisits ens posa de relleu la possibilitat real que BIMSA pugui configurar-se com un mitjà propi de l'Ajuntament de Barcelona als efectes de l'article 32.2 de la LCSP. Com hem argumentat anteriorment, l'Administració municipal barcelonina no només participa, de forma exclusiva, en el seu capital social sinó que també controla a través dels seus representants els màxims òrgans de govern d'aquesta entitat. Això l'hi permet exercir una influència determinant en el seu funcionament i en la presa de decisions més significatives.

En tot cas, el reconeixement de la condició de mitjà propi de BIMSA dependria també del compliment d'un segon requisit: que es pogués certificar que la major part de la seva activitat – en més d'un 80% – es dirigeix a la realització de tasques que l'hi han estat confiades pel poder adjudicador que realitza l'encàrrec (en el nostre cas, l'Ajuntament de Barcelona).

Tercera

Quan a la possible consideració de BIMSA com a mitjà propi d'altres possibles administracions públiques, tot i estar prevista als seus Estatuts socials creiem que cal descartar-la. Malgrat puguem interpretar literalment l'article 32.2 a) de la LCSP i entendre que es compleix el requisit del control anàleg – ja que els encàrrecs efectuats a BIMSA per altres administracions podrien ser de compliment obligatori – creiem que molt difícilment pot complir-se el requisit de la realització de la part essencial de la seva activitat previst a l'article 32.2 b) de la LCSP respecte d'aquestes altres entitats.

Quarta

D'acord amb l'article 32.5 d) de la LCSP, el reconeixement formal de la condició de mitjà propi instrumental exigeix també la disposició dels mitjans personals i materials necessaris per poder atendre directament els encàrrecs. D'aquesta circumstància en deriva posteriorment una limitació molt important, en la mesura que l'article 32.7 b) de la LCSP limita al 50% l'import de les prestacions parcials que el mitjà propi pot subcontractar amb tercers en execució de l'encàrrec.

Tot i la modificació i flexibilització que la recent Llei 6/2018, de 6 de juliol, de Pressupostos Generals de l'Estat per a 2018 ha introduït en l'aplicació d'aquests requisits, creiem que, en el cas de BIMSA, el seu compliment pot resultar problemàtic, en la mesura que, dintre la multitud de funcions que se l'hi atribueixen, hi trobem no només tasques de gestió administrativa sinó també tasques d'execució urbanística, d'infraestructures i dotacionals, que poden requerir de la realització d'obres i serveis urbanístics complexos.

Des d'aquesta perspectiva, una possible solució per evitar el recurs a la subcontractació – i fer front al desequilibri aparent entre la complexitat de tasques que s'assignen a BIMSA i la seva estructura organitzativa – podria passar per una re-definició de les finalitats i funcions que s'assignen estatutàriament a aquesta Societat, per adaptar-los als mitjans reals de què disposa.

Cinquena

Tot i que pot resultar un tema controvertit, podem trobar arguments suficients per considerar que els requisits exigits a l'article 86.2 de la LRJSP – en particular, el caràcter subsidiari de les relacions d'auto-provisió respecte la contractació pública – només són aplicables als encàrrecs a mitjans propis efectuats en l'àmbit del sector públic estatal.

Partint del fet que és la LCSP la norma específica – i bàsica – dirigida a regular amb detall els encàrrecs a mitjans propis que poden realitzar els poders adjudicadors i que aquesta en cap moment – ni en la seva Exposició de Motius ni en el seu article 32 – menciona la necessitat d'ampliar l'aplicació de les exigències de l'article 86.2 de la LRJSP al conjunt d'administracions públiques, ens porta a entendre que aquests requisits es limiten únicament a l'àmbit de l'Administració General de l'Estat.

Sisena

Amb independència de les conclusions anteriors, cal subratllar que els encàrrecs a mitjans propis previstos a l'article 32 de la LCSP no són l'únic instrument que permet articular les relacions entre BIMSA i l'Ajuntament de Barcelona al marge dels procediments d'adjudicació previstos a la legislació de contractes del sector públic. Al contrari, partint de les previsions de les Directives europees i de la interpretació que n'ha realitzat el TJUE – especialment en la Sentència de 21 de desembre de 2016, ass. C-51/15, *Remondis GmbH* –, hem pogut comprovar com queden també fora de l'àmbit contractual els supòsits de transferències de competències i responsabilitats entre poders adjudicadors.

Des d'aquesta perspectiva, hem posat en relleu com una possible modificació contractual dels Estatuts socials de BIMSA podria posar en valor aquestes consideracions. En la mesura que els mencionats Estatuts reflectissin d'una manera clara i precisa quins són els serveis o activitats administratives de titularitat municipal que s'atribueixen a aquesta Societat, podríem entendre que ens trobem davant d'una mera decisió organitzativa, de naturalesa no contractual. De manera que, per tal que BIMSA pogués gestionar de forma directa aquestes funcions, no seria necessari formalitzar un nou contracte o encàrrec específic d'atribució, ja que són els seus Estatuts, aprovats per l'Ajuntament de Barcelona, els que l'hi assignen aquestes competències.

En qualsevol cas, tal i com ha posat en relleu el TJUE, aquesta modificació estatutària hauria d'assegurar també a BIMSA – com, de fet, creiem que ja succeeix actualment – poder exercir aquestes funcions sota la seva pròpia responsabilitat, amb plena autonomia decisòria i financera.

Barcelona, a 12 de juliol de 2018.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines, appearing to be the name 'Marc Vilalta Reixach'.

Dr. Marc Vilalta Reixach